

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

DISERTAČNÍ PRÁCE

Zpracovatel: JUDr. Ing. Andrej Štaňko

měsíc a rok odevzdání práce: říjen 2013

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE
PRÁVNICKÁ FAKULTA

DISERTAČNÍ PRÁCE

METODY INVESTOVÁNÍ SOUKROMÉHO KAPITÁLU V
MEZINÁRODNÍM PRÁVU SOUKROMÉM

METHODS OF INVESTMENT IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Konzultant: Prof. JUDr. Monika Pauknerová, CSc., DSc.

Zpracovatel: JUDr. Ing. Andrej Štaňko

měsíc a rok odevzdání práce: říjen 2013

Prohlašuji, že jsem předkládanou disertační práci vypracoval samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených. Všechny použité prameny a literatura byly řádně citovány, práce nebyla využita k získání jiného nebo stejného titulu.

V Praze, dne 21. října 2013

JUDr. Ing. Andrej Štaňko

Obsah:

Úvod	1
1. DŮVODY MEZINÁRODNÍHO PLÁNOVÁNÍ PODNIKÁNÍ....	4
1.1 Hledisko jiných právních instrumentů.....	4
1.2 Regulativní hledisko	5
1.3 Daňové hledisko	6
2. PRAMENY PRÁVA V MEZINÁRODNÍM PODNIKÁNÍ.....	8
2.1 Vnitrostátní prameny	8
2.2 Právo Evropské Unie	10
2.3 Mezinárodní smlouvy	12
3. LEGALITA MEZINÁRODNÍHO PLÁNOVÁNÍ PODNIKÁNÍ	15
3.1 Obcházení regulace.....	15
3.1.1 Imperativní předpisy týkající se investičních služeb.....	17
3.2 Daňové úniky	30
3.2.1 Úprava dle zákona o dani z příjmů	30
3.2.2 Riziko trestního zákoníku	33
3.3 Dodržování cizího právního řádu	37
4. NĚKTERÁ EKONOMICKÁ RIZIKA	39
4.1 Systematické riziko státu umístění holdingu	39
4.2 Personální riziko	40
5. TYPICKÉ TRANSAKCE	41
5.1 Financování	41
5.1.1 Bankovní financování.....	42
5.1.2 Určení rozhodného práva v úvěrových vztazích.....	43
5.1.2.1 Mezivěřitelské dohody	44
5.1.2.2 Smlouva o úvěru	45
5.1.2.3 Zajišťovací dokumentace	46
5.1.3 Dluhopisový program	50
5.1.4 Otázky MPS u dluhopisových plateb	52
5.2 Akviziční struktury	55
5.2.1 Investice do podílů obchodních společností	55
5.2.2 Role jednotlivých společností v koncernu	59
5.2.3 Některé smlouvy související s akvizicemi	62
5.3 Whitewash	65
6. VNITROSTÁTNÍ ZDANĚNÍ V ČR.....	68
6.1 Daňová a odvodová zátěž fyzických osob v ČR.....	69
6.2 Daňová a odvodová zátěž právnických osob v ČR.....	70
6.3 Transfer Pricing	75
7. ZDANĚNÍ MEZINÁRODNÍCH KONCERNŮ	78
7.1 Zamezení dvojího zdanění	78
7.2 Způsoby převodů zisků do zahraničí	80
7.3 Výběr vhodné jurisdikce	88
7.4 Dvojí zdanění mezi ČR a Kypr	91
7.5 Bližší popis destinace - Sejšely.....	92
7.5.1 Základní rysy International Business Company	93
7.5.2 Dvojí zdanění, Sejšely, Mauritius, Indie	97

7.6	Lucembursko jako fondová velmoc.....	98
8.	OBRANA MAJETKU	102
8.1	Hlavní rizika výkonu cizího rozhodnutí a některé obrany	105
8.2	Výkon cizího rozhodnutí v ČR	108
8.3	Lichtenštejnsko	111
8.4	Guernsey.....	117
8.5	Irsko	118
8.6	Jersey	119
8.7	Malta.....	120
8.8	Nizozemí	121
8.9	Polsko	122
8.10	Švýcarsko	123
9.	REKODIFIKACE ČESKÉHO CIVILNÍHO PRÁVA	125
9.1	Hlavní změny v oblasti práva společností.....	125
9.2	Hlavní změny v oblasti financování	131
9.3	Hlavní změny v novém ZMPS	133
9.4	Hlavní změny v oblasti smluvních vztahů	144
9.5	Další vybrané změny	145
9.6	Svěřenský fond.....	149
	Závěr	154
	Seznam zkratk.....	157
	Seznam použité literatury a pramenů	162
	Abstract: Methods of Investment in International Private Law.....	167
	Shrnutí: Metody investování v mezinárodním právu soukromém	168
	Summary: Methods of Investment in International Private Law.....	170
	Klíčová slova	172
	Příloha č. 1	173
	Příloha č. 2.....	174

Úvod

Základním zaměřením disertační práce je popis metod investování soukromého kapitálu za použití mezinárodních korporátních struktur.

Práce se zabývá korporátními otázkami podnikání v mezinárodním kontextu a také rizikům, která z toho vyplývají. Disertační práce popisuje regulaci mezinárodního podnikání zejména z hlediska daňového, trestního i procesního práva (výkonu rozhodnutí). Tyto disciplíny jsou všechny propojeny skutečností, že jde o právní vztahy s mezinárodním prvkem. Podstatná část této disertační práce je tudíž věnována důsledkům, které vyplývají z mezinárodního práva soukromého, a to ať už v rámci členských států EU, tak i mimo EU. Disertační práce by tak měla přinést prakticky použitelný výklad a analýzu práva ve věci mezinárodního obchodu.

Autor si klade za úkol, aby výsledky disertační práce mohly být prakticky využitelné v podnikatelské praxi, případně aby alespoň byly pro podnikatele inspirující. Proto se autor této disertační práce zabývá i praktickou využitelností popisovaných metod investic, jejich výhodami a nevýhodami, možnostmi alternativního postupu, a to s přihlédnutím zejména k regulatorním obstrukcím a ceně zvažovaných metod investic. Část disertační práce je také věnována popisu ekonomických aspektů jednotlivých metod investování, jejich přínosnosti jak pro investory, tak i pro osoby, které finanční prostředky poptávají. Jsou popsány smluvní vztahy, včetně otázek mezinárodního práva soukromého, které se takových smluv týkají.

Disertační práce se kromě důsledků mezinárodního podnikání věnuje také důvodům, které vedou podnikatele k tomu, že umísťují holdingy svých společností do zahraničí. Podíl mezinárodního práva soukromého je na analyzované problematice značný. Vycházíme-li z koncepce, že při strukturování podnikatelského záměru

je nejdůležitější efektivita struktury, tedy, že bude co nejlevnější a za její využití bude dosaženo nejvyšší možné výnosnosti projektu, tak dojdeme k závěru, že takovou strukturu není možné postavit za využití pouze instrumentů a postupů, předpokládaných českým právním řádem. Z rozličných důvodů, zejména regulatorních a daňových, se využívají i zahraniční právní řády. Zahraniční jurisdikce se využívají většinou jako mateřské společnosti obchodních společností v České republice. Lze uvažovat také o situaci, kdy český podnikatel podniká pouze za využití zahraniční obchodní společnosti bez zakládání obchodní společnosti v České republice.

Postupy popsané v disertační práci s sebou nesou mnoho otázek, a to jak soukromoprávních, tak i veřejnoprávních. Disertační práce popisuje mj. konflikt právních řádů v některých aspektech takového strukturování. Nicméně pokud má tato práce přinášet plnohodnotný popis situace, nelze se ani v krátkosti vyhnout veřejnoprávním aspektům. Veřejnoprávní aspekty jsou totiž hnacím motorem mezinárodního strukturování. Jsou jejich příčinou a někdy i následkem, který může přivést podnikatele do velmi nepříjemných situací v případě, že např. nedodrží své veřejnoprávní povinnosti daňového charakteru nebo mezinárodní strukturování využijí k aktivitám, které domácí právní řád zakazuje.

Je zřejmé, že mezinárodní investice je oblastí práva, kde se naplno projevuje soutěž právních řádů. Jedná se mj. o úpravu právních forem obchodních společností, ochrany investic, složitost formálních procesů, vymahatelnost práva, výše zdanění, svobody usazování, existenci různých pobídek a stimulů a zejména ceny za veškeré služby s využitím dané jurisdikce spojené.

Disertační práce by se měla týkat aktuálního tématu. Z mnoha investičních skupin, operujících na území České republiky, jen málokterá nevyužívá zahraniční strukturální optimalizace. Do toho je zřejmé, že Česká republika kvůli těmto praktikám přichází

o spoustu peněz, které by jinak vybrala na daních a poplatcích. Mimo daně také v zahraničí živí podnikatelé zahraniční zaměstnance a finanční prostředky, které by jinak mohly plynout do domácí ekonomiky, končí na místech od České republiky velmi vzdálených. Uvedený problém si uvědomuje i Evropská unie, která v rámci boje proti off-shore jurisdikcím učinila několik konkrétních kroků.

Kromě výše uvedených témat je na závěr práce poskytnut souhrn nejdůležitějších změn připravovaných v rámci rekodifikace soukromého práva České republiky.

Disertační práce a její obsah je postavena na základě výzkumu české i zahraniční literatury. Podstatná část popsaného know-how vyplývá z praktických zkušeností autora. Autor tak částečně popsal problémy s kterými se potýká při poradenství, které poskytuje (nejen) zahraničním real estate a finančním fondům. Vzhledem k nedostatkům informací v této oblasti doufá autor, že výsledky jeho výzkumu přispějí ke kvalifikovanému rozhodování ve věci využití offshore služeb a případným přeshraničním finančním transakcím.

1. DŮVODY MEZINÁRODNÍHO PLÁNOVÁNÍ PODNIKÁNÍ

Mnoho podnikatelů provozuje své podnikatelské aktivity v rámci více než pouze jedné jurisdikce. Ostatně tak malý geografický trh, jakým je Česká republika, má své limity pro růst společnosti, a diverzifikaci nabídky. Ať jde o jakékoliv podnikatelské odvětví,¹ mezinárodní obchod je od určitého rozsahu podnikání takřka nezbytný. Z hlediska makroekonomického se směna zboží vyplatí z důvodu různé efektivity výroby v různých státech, státy se tak zaměří na činnost, ve které jsou nejvíce efektivní a následně své výrobky smění s jiným státem, který efektivněji vyrábí jiný výrobek (na této teorii je postavena teorie absolutních výhod formulovaná Adamem Smithem).² Z hlediska mikroekonomického se samozřejmě vyplatí podnikat z důvodu rozšíření poptávky a nabídky, diverzifikace rizika. Některé typy podnikání by vůbec nemohly bez mezinárodní směny existovat (např. společnosti v oblasti strojírenství)³ nebo pokud by existovat mohly, tak ve výrazně menším rozsahu.⁴

1.1 Hledisko jiných právních instrumentů

Další motivací mohou být právní aspekty. Někteří podnikatelé mohou být nespokojeni se současnou právní úpravou, která zcela zásadně znemožňuje jejich podnikatelské aktivity. Tato situace je zřejmá zejména v oblasti start-up projektů v oblasti IT businessu. Stávající úprava autorského práva v České republice (a kontinentální Evropě) není příliš výhodná pro zakladatele a investory IT projektů.

¹ Např. obchod se spotřebitelským zbožím, s komoditami, zemědělskými službami, ale i poradenskými službami, službami v oblasti stavebnictví nebo i autorskou činností.

² Viz např. NEUMANN, P. ŽAMBERSKÝ, P., JIRÁNKOVÁ, M., Mezinárodní ekonomie, Grada Publishing, a.s. 2010, str. 17 a násl.

³ Viz např. internetové stránky Doosan Škoda Power
<<http://www.doosan.com/skodapower/en/main.do>>.

⁴ Viz např. velikost některých IT projektů před a po vstupu na globální trhy (např. AVG, Avast, Net Beans, GoodData), jejichž motivace k odchodu do zahraničí je však způsobená i právními důvody, a zejména rozdílným přístupem v pojetí autorského práva.

V České republice se totiž nelze vzdát majetkových práv k autorskému dílu. I přesto, že se riziko dá snížit vždy může dojít k tomu, že v případě úspěchu projektu se budou někteří programátoři domáhat významného navýšení jejich odměny na úkor jejich skutečného přínosu do projektu. Na rozdíl od české, umožňuje úprava v některých státech USA, aby autorská práva (včetně osobnostních) vlastnila právnická osoba. Podíly v této právnické osobě mohou být vlastněny ze strany investorů a manažerů projektu a tímto uspořádáním by mělo dojít k minimalizaci možnosti napadení projektů zaměstnanci z vlastních řad. Navíc zahraniční úprava nabízí diverzitu možných způsobů odměňování zaměstnanců (např. speciální cenné papíry, které umožňují jejich držitelům jejich výměnu za akcie společnosti, případně jejich prodej). Správně motivovaní zaměstnanci pak mohou být pro podnikatele mnohem více přínosní.

1.2 Regulativní hledisko

Další motivací přesunů do zahraničních vod jsou regulační aspekty. Obzvláště se to týká osob poskytujících investiční služby (tzv. asset management), které by v České republice spadaly pod dohled ČNB a musely by splňovat veškeré právní povinnosti stanovené jim např. zákonem č. 256/2004 Sb., zákon o podnikání na kapitálovém trhu, v platném znění (dále jen „ZPKT“), a to včetně dodržování povinností týkajících se diverzifikace portfolia. Povinnost dodržovat diverzifikaci portfolia je zcela limitujícím faktorem v oblasti asset managementu. V případě, kdy některé začínající fondy ani nemohou přes výrazné bariéry provozovat jejich strategie z území ČR, jsou nuceny přesídlit do jiné jurisdikce.⁵

Lze pouze doufat, že pozitivní změny pro Českou republiku přinese po roce 2014 připravovaná rekodifikace soukromého práva. Nelze však očekávat, že pozitivní efekt bude okamžitý. Navíc Česká

⁵ Viz např. nově vznikající Charles Bridge Macro Fund se sídlem na Maltě, informace dostupné na internetu <<http://www.chbridge.com/#kontakt>>.

republika má už natolik pošramocenou pověst, že představovat svůj business se sídlem v České republice mohou vyvolávat nepříjemné narážky na aktuální aféru okolo dodatečného zdanění solárních panelů. Pokud jde o fondové hospodářství, které chce získat do správy velkokapitál z Londýna a New Yorku, tak by o registraci v České republice nemělo ani pomýšlet. Většina hedgeových fondů je umístěna na Britských Panenských ostrovech (dále jen „BVI“) a na Kajmanských ostrovech (kde na Kajmanských ostrovech je umístěno 80% off-shore fondů, ale úprava na BVI je obdobná a správa fondu tam je levnější). Za takové situace když napíše podnikatel investorovi z New Yorku nebo Londýna, že spravuje hedge fond se sídlem v Praze (a ne na Kajmanech nebo BVI), tak se setká přinejmenším s údivem nad nestandardností a neefektivností umístění sídla fondu.

Na základě výše uvedeného je zřejmé, že podnikání v mezinárodním kontextu je vyvoláno primárně ekonomickými stimuly, které Česká republika nemůže ovlivnit.⁶ Dalšími důvody, které motivují české subjekty k odchodu do zahraničí, jsou nedokonalost české právní úpravy, pověst České republiky v zahraničí a běžné zvyky v mezinárodním obchodu (kdy podnikání z České republiky může být vnímáno jako cosi nestandardního a nezvyklého).

1.3 Daňové hledisko

V okamžiku, kdy už podnikatel uvažuje o působení nebo již působí v několika státech, otevírá se mu zároveň zajímavá možnost jak snížit náklady svého podnikání. Daňová regulace, včetně výše zdanění a druhů daní není harmonizovaná. Ani členské státy Evropské unie nesjednaly harmonizaci, která by se týkala výše zdanění. V každém státě je tedy podnikatel vystaven jiné daňové

⁶ Nepřímo může usnadňovat nebo znepríjemňovat zahraniční podnikání kurz koruny české ve vztahu k jiným světovým měnám. Tento kurz může Česká národní banka nepřímo ovlivňovat mj. např. intervencemi na volném trhu (skupování Kč, případně jiných valut, emise nových státních dluhopisů, případně jejich splácení).

zátěži. Vzhledem k tomu, že povinnost odvádět daň je stanovena v závislosti na tzv. daňové rezidenci osoby,⁷ tak v případě vhodného umístění sídla holdingu a jeho řízení lze docílit koncentrování všech zisků do daňově výhodné jurisdikce. Následně dojde k mnohem nižšímu zdanění aktivit společnosti. Mezinárodní daňové plánování s sebou nese mnoho otázek, a to jak veřejnoprávních tak soukromoprávních. Relevantní otázky a způsoby jejich řešení jsou v detailu rozepsány v této disertační práci.

⁷ Tak např. podle § 2 zákona č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů (dále jen „ZDP“) je poplatníkem daně z příjmů v České republice i občan zahraničního státu, který se v České republice zdržuje déle než 183 dnů v roce. Podle §17 ZDP je poplatníkem každá právnická osoba se sídlem v České republice nebo která dosahuje na území České republiky zisk.

2. PRAMENY PRÁVA V MEZINÁRODNÍM PODNIKÁNÍ

2.1 Vnitrostátní prameny

Z hlediska vnitrostátního práva České republiky lze pokládat za prameny práva týkající se podnikání v mezinárodním prostředí zejména následující právní předpisy:

- (i) zákon č. 97/1963 Sb. o mezinárodním právu soukromém a procesním (označovaný v této disertační práci jako „**ZMPS**“);
- (ii) zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník (označovaný v této disertační práci jako „**ObchZ**“); a
- (iii) zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení (označovaný v této disertační práci jako „**ZRŘ**“).⁸

Právní předpisy uvedené pod body č. (i) a (ii) výše budou pravděpodobně 1. ledna 2014 zcela nahrazeny novými zákony přijatými v rámci rekodifikace soukromého práva v České republice. ZMPS bude nahrazen zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (označovaným v této disertační práci jako „**NZMPS**“), ObchZ bude nahrazen částečně zákonem č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (označovaným v této disertační práci jako „**NOZ**“) a částečně zákonem č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích a družstvech (označovaným v této disertační práci jako „**ZOK**“). K popisu nejzásadnějších změn týkajících se rekodifikace soukromého práva viz kapitola č. 9 této disertační práce.

Kromě pramenů mezinárodního práva soukromého je nutno zvažovat také aplikaci předpisů, které se na základě výběru právního

⁸ K pramenům práva mezinárodního práva soukromého viz také KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 46 a násl.

řádu uplatní. Z oblasti soukromého práva mezi nejdůležitější lze zařadit:

- (i) zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník (označovaný v této disertační práci jako „**OZ**“), který bude s účinností k 1. lednu 2014 pravděpodobně nahrazen NOZ;
- (ii) zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech (označovaný v této disertační práci jako „**ZCP**“); a
- (iii) zákon č. 191/1950 Sb., směnečný a šekový (označovaný v této disertační práci jako „**ZSŠ**“).⁹

Z veřejného práva jsou z pohledu této disertační práce nejvíce relevantní:

- (i) ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky (označovaná v této disertační práci jako „**Ústava ČR**“)
- (ii) usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky (označovaná v této disertační práci jako „**LZPS**“);
- (iii) zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů (označovaný v této disertační práci jako „**ZDP**“);
- (iv) zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád (označovaný v této disertační práci jako „**DŘ**“);
- (v) zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník (označovaný v této disertační práci jako „**TZ**“); a

⁹ ZSŠ nicméně obsahuje i právní normy mezinárodního práva soukromého v čl. I. § 91 až 98 a čl. II, § 69 až 75, viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 46.

- (vi) zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení (označovaný v této disertační práci jako „**InsZ**“).

Některé zákony, významně se dotýkající problematiky řešení v této disertační práci, obsahují jak prvky veřejnoprávní, tak i soukromoprávní, tj. např. upravují soukromoprávní vztahy, ale podmiňují je detailní regulací a následným dohledem správních orgánů. Mezi takové zákony lze zařadit:

- (i) zákon č. 190/2004 Sb., o dluhopisech (označovaný v této disertační práci jako „**ZoD**“);
- (ii) zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu (označovaný v této disertační práci jako „**ZPKT**“); a
- (iii) komplex zákonů týkající se práv duševního vlastnictví, tj. zejména zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském a o právech souvisejících s právem autorským (označovaný v této disertační práci jako „**AutZ**“) zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách (označovaný v této disertační práci jako „**ZoZ**“) a další.

2.2 Právo Evropské Unie

Právo EU se uplatní zejména ve vztahu k 28 členským státům EU, kde je právo EU závazné. V některých případech se uplatní právo EU i vůči nečlenskému státu, v rámci tzv. extraterritoriální působnosti práva EU, takto však bude uplatňovat právo EU pouze soud členského státu.¹⁰

Pro podnikatele je směrodatné tzv. primární právo EU, tedy zakladatelské smlouvy, a to zejména Smlouva o fungování Evropské unie (označované v této disertační práci jako „**SFEU**“) v rozsahu

¹⁰ Viz např. DĚDIČ, J., ČECH, P., *Znovu k zákazu řetězení společností s ručením omezeným*, Právní rozhledy 20/2005, s. 747, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

úpravy čtyř hlavních svobod EU, tj. volného pohybu zboží (viz čl. 28 a násl. SFEU), služeb, osob a kapitálu (viz čl. 45 a násl. SFEU), a také v rámci úpravy soutěžního práva (viz čl. 101 a násl. SFEU).

Dále je pro podnikatele důležité sledovat nařízení EU, jakožto pramen práva EU, které mají bezprostřední účinek, tedy přímo zavazují fyzické i právnické osoby členského státu. Mezi nejdůležitější nařízení z hlediska této disertační práce, lze považovat následující:

- (i) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy (označované v této disertační práci jako **„Nařízení Řím I“**);
- (ii) Nařízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 864/2007 o právu rozhodném pro mimosmluvní závazkové vztahy (označované v této disertační práci jako **„Nařízení Řím II“**);
- (iii) Nařízení Rady (ES) č. 44/2001, o soudní příslušnosti a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních (označované v této disertační práci jako **„Nařízení Brusel I“**); a
- (iv) Nařízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení (označované v této disertační práci jako **„Nařízení o úpadku“**).

Kromě přímo závazných pramenů práva EU jsou důležité také směrnice EU, které ačkoliv nemají bezprostřední účinek, nicméně mají vliv zprostředkovaně, a to tím, že stanoví členským státům povinnost přijmout určitou vnitrostátní právní úpravu.¹¹ Navíc, pokud členský stát neimplementoval směrnici ve lhůtě k tomu určené, fyzické i

¹¹ Takovou úpravou může být např. sjednocení daňové sazby.

právnícké osoby členského státu jsou oprávněni dovolávat se obsahu směrnic.¹² Mezi nejvýznamnější směrnice z hlediska mezinárodního plánování podnikání lze považovat následující:

- (i) směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států (označovaná v této disertační práci jako „**Směrnice 2003/49/ES**“);
- (ii) směrnice Rady 90/435/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států (označovaná v této disertační práci jako „**Směrnice 90/435/EHS**“); a
- (iii) směrnice Rady 90/434/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států (označovaná v této disertační práci jako „**Směrnice 90/434/EHS**“).

2.3 Mezinárodní smlouvy

Podle čl. 10 Ústavy ČR¹³ mají ustanovení mezinárodních smluv přednost před vnitrostátním právem ČR. Mezi nejvýznamnější

¹² Viz např. komentář k rozhodnutím SDEU ve věci 152/84 Marshall a 106/89 Marleasing v TICHÝ L. a kol., *Dokumenty ke studiu Evropského práva*, Linde Praha 2006, str. 301 a 310.

rozsudek velkého senátu Soudního dvora Evropských společenství ze dne 4. 7. 2006, Konstantinos Adeneler a ostatní, C-212/04, podle kterého „V případě opožděného provedení směrnice do vnitrostátního právního řádu dotčeného členského státu, jakož i neexistence přímého účinku jejích relevantních ustanovení, jsou vnitrostátní soudy povinny vykládat od okamžiku uplynutí lhůty pro její provedení vnitrostátní právo v co největším možném rozsahu ve světle znění a účelu dotčené směrnice, aby bylo dosaženo výsledků jí sledovaných, upřednostňující výklad vnitrostátních pravidel, který je co nejvíce v souladu s tímto cílem, aby dospěly k řešení, jež je slučitelné s ustanoveními uvedené směrnice.“, viz Soudní rozhledy 9/2006, *Soudní dvůr Evropských společenství*, C-212/04, nakladatelství C.H. Beck, str. 354 dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

mezinárodní smlouvy mající vliv na mezinárodní právo soukromé, a tak i na oblast této disertační práce, lze označit následující:¹⁴

- (i) smlouvy o výměně informací, právní pomoci a o výkonu soudních rozhodnutí, např. Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin z roku 1961 vyhlášená sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 45/1999 Sb. (označovaná v této disertační práci jako **„Haagská úmluva o apostilaci“**);¹⁵
- (ii) smlouvy v oblasti rozhodčího řízení, zejm. Newyorská Úmluva o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů, vyhlášená v ČR vyhláškou č. 74/1959 Sb., o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů (označovaná v této disertační práci jako **„Newyorská úmluva“**);
- (iii) smlouvy unifikující hmotněprávní normy, např. Vídeňská úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží, vyhlášená v ČR sdělením federálního ministerstva zahraničních věcí č. 160/1991 Sb., o Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží (označovaná v této disertační práci jako **„CISG“**); a
- (iv) smlouvy v oblasti mezinárodního obchodu, zejm. Konvence o Organizaci pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), vyhlášená v ČR sdělením ministerstva zahraničních věcí č. 266/1998 Sb., o přístupu České republiky ke Konvenci o Organizaci pro ekonomickou spolupráci a rozvoj a Dodatkovým protokolům č. 1 a č.

¹³ Podle čl. 10 Ústavy ČR „Vyhlášené mezinárodní smlouvy, k jejichž ratifikaci dal Parlament souhlas a jimiž je Česká republika vázána, jsou součástí právního řádu; stanoví-li mezinárodní smlouva něco jiného než zákon, použije se mezinárodní smlouva.“.

¹⁴ K mezinárodním smlouvám a následujícímu členění viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 58.

¹⁵ V rámci EU se uplatní zejména Nařízení Brusel I.

2 (označovaná v této disertační práci jako „**Úmluva o OECD**“) a Dohoda o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), vyhlášená v ČR sdělením ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb., o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO) (označovaná v této disertační práci jako „**Úmluva o WTO**“).

3. LEGALITA MEZINÁRODNÍHO PLÁNOVÁNÍ PODNIKÁNÍ

Podle čl. 2 odst. 3 LZPS „[k]aždý může činit, co není zákonem zakázáno a nikdo nemůže být nucen činit, co zákon neukládá.“ Podnikatelé mohou svobodně vyvíjet své aktivity jak na území ČR, tak i na území jiných států, a to za podmínek a omezení, které ukládá zákon (a mezinárodní smlouvy).

Právní řád stanoví omezení, za kterých lze vyvíjet podnikatelskou činnost, nejdůležitější prameny práva z hlediska této disertační práce jsou zmíněné v kapitole č. 2 výše. Pokud podnikatel dodrží podmínky stanovené právním řádem, je jeho činnost zcela zákonná a nemůže být dále omezovaná jinak než zákonem.

Mnohdy však dochází k situacím, kdy je využití mezinárodní struktury podnikání podezříváno z využití kvůli obcházení zákonné regulace České republiky. K takovému obcházení může docházet zejména kvůli informační asymetrii mezi správními orgány České republiky a zahraničního státu. Obzvláště pokud jde o mimoevropské jurisdikce, ne vždy jsou uzavírány smlouvy o výměně informací a tak ČR nemá účinné možnosti k získání informací, týkajících se potenciálních porušení předpisů ČR. Tyto předpisy, kterých se potenciální obcházení týká, jsou zejména předpisy regulující podmínky podnikání v určitém odvětví (např. v odvětví investičních služeb) a předpisy na úseku daňových záležitostí.

3.1 Obcházení regulace

Některé oblasti vnitrostátního podnikání v ČR jsou zatíženy maximální regulací. Tato regulace se týká zejména ochrany cílového zákazníka, který může vystupovat ve formě spotřebitele, ale i ve formě podnikatelé.¹⁶ Typickým odvětvím, které je komplexně

¹⁶ V tomto ohledu bývá ochrana ještě více diversifikovaná, kdy ochrana spotřebitele bývá více restriktivní.

zregulováno, je odvětví podnikání na kapitálovém trhu, jehož podmínky jsou stanovené zejména v ZPKT a v navazující legislativě. Dohled nad podnikáním na kapitálových trzích provádí ČNB, která na jedné straně vystupuje jako licencující subjekt, který rozhoduje o přístupech podnikatelů na trh, tak i jako subjekt dohlížející na podmínky přístupu na trh stanovené zákonem a rozhodnutími ČNB. Pro případ porušení podmínek podnikání na kapitálových trzích může ČNB rozhodnout o sankci ve formě zejm. peněžité pokuty, případně odejmutí licence.

Vzhledem k tomu, že řízení o udělení licence u ČNB je časově náročné a klade na jeho účastníky vysokou odbornou náročnost, a také vzhledem k tomu, že účast v takovém řízení předpokládá komplexní právní znalost a je velmi dokumentárně náročné, souvisí řízení o získání licence u ČNB s vysokými náklady, a to jak časovými, tak i finančními, a to z důvodu možného zapojení právních a dalších poradců pro zastupování v tomto řízení.

Licence jsou stupňovány dle poskytovaných služeb, přičemž některé jsou pro malé týmy začínajících podnikatelů zcela finančně nedostupné. Navíc ZPKT stanoví požadavky na komunikaci s klienty ve formě, ve které tyto požadavky nelze zcela bezchybně dodržet, případně je přímo proti zájmům klienta (např. odsouhlasení každého nákupního příkazu klientem v případě kdy k nákupním prodejním motivům může docházet velmi rychle, a tak každé zdržení může znamenat pro klienta újmu. Navíc klient bude mít spíše tendenci důvěřovat svému finančnímu správci, aniž by si přál být často kontaktován s dotazem ohledně možnosti zadání obchodního příkazu v případě, že takový klient ani sám nemá dostatek informací k tomu, aby se mohl v dané chvíli dostatečně kvalifikovaně rozhodnout.

3.1.1 Imperativní předpisy týkající se investičních služeb

Imperativní normy jsou takové normy, které „v mezích svého předmětu úpravy [...] neustoupí cizímu právu“, tedy „normy, které nemohou být v mezích svého předmětu úpravy zásadně zaměněny či nahrazeny cizím právem“.¹⁷ Poskytování investičních služeb je charakteristickou oblastí, kde se imperativní normy hojně používají. Jde např. o povinnost licence k poskytování investičních služeb na území ČR. Pokud tak na území ČR poskytuje služby kdokoliv jiný, i např. z území jiného státu, pořád se na tuto činnost vztahuje regulace ZPKT. Řešením je pak právě zjištění limitů předmětu úpravy imperativních předpisů a těmto limitům je nutné se přizpůsobit. Některé praktické dopady jsou popsány níže.

V případě, že investiční služby jsou poskytovány na území ČR, vztahuje se na ně regulace ZPKT a souvisejících zákonů. Tyto předpisy se uplatní i pro případnou činnost mimo území České republiky, pokud je z tohoto zahraničního státu poskytovaná regulovaná služba na území ČR. V případě, že jsou investiční služby poskytovány mimo ČR, tak se poskytovatelů takových služeb již dodržování předpisů ČR, ani pravomoci ČNB netýkají. Pouze kritérium místa bydliště zákazníka v ČR nestačí pro posouzení investiční služby jako investiční služby poskytnuté na území ČR. Žádný občan ČR není omezen ve své vůli uzavřít jakýkoliv obchod mimo území ČR.

Rozlišujícím hraničním určovatelem, který bude podstatný pro posouzení, kdy jsou služby poskytovány na území ČR, a kdy již nikoliv, bude nutno hledat individuálně hledat v každé skutkové podstatě investiční služby. Nestačí tedy pouze umístit sídlo poskytovatele mimo území ČR, ale je nutno konkrétní investiční služby poskytovat mimo území ČR. Umístění skutečného sídla

¹⁷ Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 236.

podniku je však základním předpokladem k tomu, aby se na investiční služby nevztahovalo právo ČR. Nestačí pouze umístit např. jednoho zaměstnance podniku do zahraničí proto, aby se na oblast jeho činnosti nevztahoval ZPKT. Navíc, „*pro posouzení toho, zda určitá osoba poskytuje investiční službu či nikoliv, není rozhodné, zda skutečně došlo k poskytnutí investiční služby či nikoliv. Rozhodným bude, zda se příslušná osoba k poskytnutí investiční služby zavázala*“.¹⁸ Kromě místa skutečného sídla podnikatele bude významným hraničním určovatelem skutečné místo poskytování regulovaných služeb. Pokud nebudou na území ČR poskytovány regulované služby, tak se na poskytovatele nebude vztahovat ani regulace ZPKT a dohled ČNB.

Podle rozlišení investičních služeb dle § 4odst. 2 a 3 ZPKT (viz níže body (i) až (xv)) lze, kromě nutnosti umístění skutečného sídla podniku mimo ČR, uvažovat o následujících konkrétních činnostech a jejich faktickému zásahu na území různých států:

- (i) přijímání a předávání pokynů týkajících se investičních nástrojů: za kolizní kritérium zde lze považovat faktické geografické umístění infrastruktury (sídlo podniku nebo jeho části, call centru, automatizovaný systém výměny informací), která umožňuje komunikaci se zákazníkem ohledně obchodu s investičním nástrojem.;
- (ii) provádění pokynů týkajících se investičních nástrojů na účet zákazníka: za kolizní kritérium lze považovat faktické umístění infrastruktury (sídlo podniku nebo jeho části), která provádí pokyny k obchodování na kapitálových trzích, tedy fakticky vykonává činnost „*nalezení vhodné protistrany pro uzavření příslušné*

¹⁸ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 63, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

*smlouvy – obchodu s investičním nástrojem a uzavření příslušné smlouvy o investičním nástroji (nejčastěji smlouvy kupní).*¹⁹ Podle názoru autora této disertační práce pokud příslušná smlouva bude uzavřena na území ČR, ještě to neznamena, že je na území ČR poskytnuta investiční služba. V opačném případě by to znamenalo, že by obchodník s cennými papíry (dále jen „OCP“) musel získat licenci místního dohledového orgánu v každém státě, ve kterém provádí obchody. To by byl zcela nereálný požadavek, protože by mohl znamenat v zásadě nutnost registrace OCP ve všech státech kde působí burzy používané tímto OCP;

- (iii) obchodování s investičními nástroji na vlastní účet: za kolizní kritérium zde lze považovat místo skutečného výkonu obchodování s investičními nástroji. Otázkou je pak, co je rozhodujícím kritériem při určení geografického místa obchodování. Lze uvažovat o sídle kupujícího, ze kterého jsou odesílány obchodní příkazy, případně sídlo prodávajícího nebo místo uzavření smlouvy (tj. např. sídlo clearingového centra burzy). I přesto, že se budou na kapitálových trzích řídit jednotlivé smlouvy právem místa sídla clearingového centra burzy (toto ujednání bude součástí podmínek obchodování na burze, tedy půjde o volbu práva podle § 9 odst. 1 ZMPS), lze se domnívat, že samotná činnost obchodování, tedy vyjadřování vůle směřující k odeslání obchodního příkazu, bude vykonávána z místa skutečného sídla obchodníka. Místo, kde se jednotlivé obchody budou uzavírat, se

¹⁹ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 68, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

nezdá být určujícím, a to i s poukazem na výše uvedený argument *ad absurdum*, podle kterého by jinak musel podnikatel, obchodující na vlastní účet, získat licenci OCP v každém státě, na jejímž území je umístěna burza (resp. clearingové centrum), na kterém bude podnikatel obchodovat. Takovýto požadavek by se zdál být nelogickým;

- (iv) obhospodařování majetku zákazníka, je-li jeho součástí investiční nástroj, na základě volné úvahy v rámci smluvního ujednání: při identifikaci kolizního kritéria je zřejmě zpočátku interpretovat pojem „majetek“ zákazníka. Zákonnou definici tohoto pojmu obsahuje ustanovení § 2 odst. 1 písm. h) ZPKT, podle kterého jsou „majetkem zákazníka peněžní prostředky a investiční nástroje, které má obchodník s cennými papíry ve své moci za účelem poskytnutí investiční služby, a peněžní prostředky a investiční nástroje získané za tyto hodnoty pro zákazníka“.²⁰ Nejde tedy o obchodování s věcmi, ale o obhospodařování pohledávek klienta. Obhospodařování pohledávek klienta lze zřejmě provádět i na dálku, stejně tak, jako i provádění obchodování na vlastní účet (k tomu viz bod (iii) výše). Lze se tak domnívat, že kolizní kritérium je geografické umístění infrastruktury, kde se tvoří investiční strategie týkající se obhospodařování majetku zákazníka, a ze které jsou odesílány obchodní příkazy k tomuto majetku;
- (v) investiční poradenství týkající se investičních nástrojů: za investiční poradenství lze považovat konzultační

²⁰ V tomto ohledu je definice majetku podle ZPKT užší než definice majetku podle ustanovení § 6 odst. 1 ObchZ podle kterého jsou majetkem „věci, pohledávky a jiná práva a ocenitelné jiné hodnoty“.

činnost, při které jsou klientovi vydávány informace týkající se obchodování na kapitálových trzích a konkrétní rady týkající se nákupu nebo prodeje určitých investičních nástrojů.²¹ Za kolizní kritérium pokládám místo poskytování těchto služeb, tedy místo, kde je vyjádřen projev vůle, splňující znaky poradenské činnosti. V případě, že dojde k setkání poradce a jeho klienta na území ČR, ZPKT se nepochybně užije. V případě, že dojde k setkání poradce a jeho klienta mimo území ČR, není zřejmě prostor k tomu, aby se ZPKT na takové poradenství použilo. Pokud je poradenství poskytováno na dálku, a to telefonicky nebo elektronickou komunikací, mám za to, že záleží na tom, kde konkrétní projev vůle poradce byl učiněn. Pokud se tak stalo mimo území ČR, tak na takové poradenství by se ZPKT, ani dohledová činnost ČNB, neměla vztahovat;

- (vi) provozování mnohostranného obchodního systému: mnohostranný obchodní systém je „trh s investičními nástroji provozovaný obchodníkem s cennými papíry nebo organizátorem regulovaného trhu, který má stanovena pravidla pro přijímání investičních nástrojů k obchodování v mnohostranném obchodním systému, pravidla obchodování v mnohostranném obchodním systému a pravidla přístupu do mnohostranného obchodního systému“.²² Prakticky si ho lze představit jako clearingové centrum, tedy software vykonávající

²¹ Podle § 4 odst. 5 ZPKT je investičním poradenstvím týkajícím se investičních nástrojů „poskytování individualizovaného poradenství, které směřuje přímo či nepřímo k nákupu, prodeji, úpisu, umístění, vyplacení, držbě nebo jinému nakládání s konkrétním investičním nástrojem nebo nástroji nebo kuplatnění práva na takové nakládání, a to bez ohledu na to, zda je poskytováno z podnětu zákazníka nebo potenciálního zákazníka či obchodníka s cennými papíry.“

²² Viz § 69 odst. 1 ZPKT.

příkazy registrovaných uživatelů, týkající se jejich vzájemných pohledávek. Lze si ho tedy představit jako jakési elektronické tržiště. Pro případ, že mnohostranný obchodní systém je umístěn mimo území ČR (jde tedy o faktické fyzické umístění počítačů, na kterých je provozován relevantní software) není důvod, aby mnohostranný obchodní systém byl regulován ze strany ČNB, ani aby se na něj vztahoval ZPKT.

Doplňující otázkou k zamyšlení může být situace, kdy mnohostranný obchodní systém je na dálku spravován programátory, kteří mají sídlo v ČR. Vzhledem k tomu, že hlavním důvodem fungování mnohostranného systému je existence počítačů a softwaru, na základě kterých mnohostranný obchodní systém funguje, a nikoliv činnost programátorů, která má spíše doplňkový charakter, považují sídlo programátorů a dalších správců jako až druhotný a nevýznamný prvek poskytování této investiční služby. V jiném případě by provozovatel mnohostranného obchodního systému musel získávat vždy novou licenci státu, jehož příslušníkem je servisní organizace, která provádí správu a údržbu tohoto systému. Takový požadavek se zdá být přehnaný;

- (vii) upisování nebo umisťování investičních nástrojů se závazkem jejich upsání: tuto investiční službu lze charakterizovat jako „činnost upisovatele – distributora (Underwriter), který se zavázal emitentovi, že zajistí distribuci nové emise investičních nástrojů nebo její části mezi investory a pokud nenalezne pro celou emisi či její část investory sám, celou emisi investičního

*nástroje nebo její část upíše.*²³ Fakticky jde tedy o činnost zprostředkovatelskou, kdy zprostředkovatel zajistí prodej investičních nástrojů emitovaných zájemcem a zájemce se mu za to zavazuje zaplatit provizi. Z hlediska regulačního bude důležité na území, kterého státu činí zprostředkovatel úkony, které mohou být interpretovány jako upisování nebo umísťování investičních nástrojů. Za základní kolizní kritérium je v tomto případě vhodné považovat místo aktivního působení zprostředkovatele, tedy místa kde dochází ke kontaktu s klientem, případně kde dochází k formulaci projevu vůle zprostředkovatele, týkající se této investiční služby (např. místo podpisu a odeslání e-mailové zprávy nebo jiné listiny týkající se závazku zprostředkovatele);

- (viii) umísťování investičních nástrojů bez závazku jejich upsání: k této investiční službě lze plně využít závěrů popsaných v bodě (vii) výše;
- (ix) úschova a správa investičních nástrojů včetně souvisejících služeb: tato investiční služba se týká dvou činností, a to úschovy a správy. Vzhledem k tomu, že z hlediska regulačního je kritériem pro uplatnění ZPKT faktický výkon regulované činnosti, bude pro použití ZPKT relevantní místo, kde dochází k úschově investičních nástrojů. Toto místo může být i mimo ČR, kam mohou být investiční nástroje, např. ve formě cenných papírů, přemístěny. Pokud bude úschovna (tj. opět počítač, případně u listinných cenných papírů trezor) bude umístěna mimo ČR, regulace ZPKT se

²³ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 73, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

neuplatní. Ke správě investičních nástrojů je nutno vycházet z definice správy v § 36 odst. 1 ZCP, podle kterého je správa definována jako „*právní úkony, které jsou nutné k výkonu a zachování práv spojených s určitým cenným papírem*“. Jde např. o „*splnění závazků spojených s cenným papírem, vykonávat výměnná nebo předkupní práva s cenným papírem spojená*“.²⁴ Fakticky výkon správy investičních nástrojů může probíhat v různých státech, a to zejména pokud jde např. o akcie společnosti založené podle práva České republiky. Z důvodu rozmanitosti činnosti správy je nutno analyzovat každý investiční instrument zvlášť. V případě, že by např. český subjekt si nechal spravovat od zahraničního správce investiční nástroje, přičemž by část činnosti správy spadala na území ČR, je možné uvažovat o tom, že by se uplatnily limity stanovené ZPKT a dohledová činnost ČNB.

- (x) poskytování úvěru nebo půjčky zákazníkovi za účelem umožnění obchodu s investičním nástrojem, na němž se poskytovatel úvěru nebo půjčky podílí: za charakteristické místo poskytování úvěru nebo půjčky pro účely nutnosti získat povolení ČNB, bude nejspíše vhodné požadovat skutečné sídlo věřitele, jakožto osoby provádějící charakteristickou činnost, případně skutečné místo poskytnutí peněžních prostředků, tedy umístění počítačů, které tento obchod umožní;
- (xi) poradenská činnost týkající se struktury kapitálu, průmyslové strategie a s tím souvisejících otázek, jakož i poskytování porad a služeb týkajících se přeměn

²⁴ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 76, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

společností nebo převodů podniků: k poradenské činnosti lze přiměřeně odkázat na úvahy týkající se investičního poradenství v bodě (v) výše;

(xii) poskytování investičních doporučení a analýz investičních příležitostí nebo podobných obecných doporučení týkajících se obchodování s investičními nástroji: k poskytování těchto služeb lze opět odkázat na úvahy týkající se poradenství v bodě (v) a (xi) výše;

(xiii) provádění devizových operací souvisejících s poskytováním investičních služeb: tato služba bude vždy souviset s jinou hlavní investiční službou, a tak bude sdílet její právní režim. Půjde např. o konverzi měn za účelem nákupu zahraničního investičního nástroje.²⁵ V takovém případě lze odkázat na závěry uvedené např. v bodech (ii) až (iv) výše podle kterých se uplatní právo místa skutečného výkonu této činnosti.

(xiv) služby související s upisováním nebo umístováním investičních nástrojů: u této služby lze odkázat v plné míře na bod č. (vii) výše.

(xv) služba obdobná investiční službě, která se týká majetkové hodnoty, k níž je vztažena hodnota investičního nástroje uvedeného v § 3 odst. 1 písm. g) až k) a která souvisí s poskytováním investičních služeb: s ohledem na výše uvedené závěry, bude vždy záležet na místě skutečného poskytnutí takové doplňkové investiční služby a také na místě skutečného sídla poskytovatele.

²⁵ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 82, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

Podle odborné literatury platí povinnost získat licenci i pro marketingové oslovování (včetně tzv. roadshow).²⁶ Marketingové oslovování může mít mnoho podob. Tak např. u prezentace na webu lze považovat místo poskytnutí služby za místo umístění serveru, který webové stránky provozuje. Podle této logiky, i pokud by webové stránky obsahovaly investiční nabídku v českém jazyce, ale byly by provozovány mimo ČR, nezdálo by se pravděpodobné, že by se na takové webové stránky uplatnila regulace dle ZPKT. Tento závěr může být z úhlu pohledu ČNB problematický.²⁷ Je nutno zapojit také do úvahy funkci internetových vyhledávačů typu Google. Tyto vyhledávače celosvětově indexují stránky a dále na ně poskytují odkaz svým uživatelům. Může se stát, že pokud budou zahraniční webové stránky dobře optimalizované pro vyhledávání v těchto vyhledávačích (tzn. bude dobře provedena tzv. SEO optimalizace), tak při zadání např. hesla „investice do dluhopisů“ naběhne odkaz právě na zahraniční webovou stránku v českém jazyce nabízející investiční služby. I přes takový důsledek, kdy reklama umístěná na zahraničním webu může přímo oslovit klienta v ČR, mám za to, že nejde o propagaci investičních služeb umístěnou na území ČR, a proto by se na tuto propagaci neměla vztahovat regulace ZPKT včetně povinnosti získat licenci pro OCP. Informace o umístění serveru hostujícího

²⁶ Viz HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu*. Komentář. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, str. 64 a 82, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>.

²⁷ Viz např. upozornění na webové stránky Sejšelské společnosti umístěné na serveru v Anglii: „Česká národní banka upozorňuje na aktivity společnosti Golden Grail Ltd., se sídlem Trident Chambers, P.O. Box 1388, Victoria, Mahé, Sejšely, reg.č. 108312, mající reprezentační kancelář na adrese Regus Brno Spielberk, Holandská 2/4, 639 00 Brno. Společnost Golden Grail Ltd. prostřednictvím internetových stránek <http://goldengrail.eu> oslovuje v českém jazyce potenciální investory s nabídkou investice na forexovém trhu s nadprůměrnými zisky formou dividend této společnosti. Společnost Golden Grail Ltd. nedisponuje v současné době oprávněním České národní banky k poskytování investičních služeb nebo jiných služeb na finančním trhu v České republice.“ Text dostupný na internetu <http://www.cnb.cz/cs/spotrebitel/ochrana_spotrebitele/upozorneni/upozorneni_golden_grail_ltd.html>. V tomto případě je však velmi problematickou skutečnost, že byla současně využívána tzv. reprezentační kancelář na fyzické adrese v Brně.

webové stránky lze získat na internetu, např. na stránkách <http://www.statscrop.com/>.

Související otázkou je zda takový zahraniční subjekt může nabízet na zahraničním webu investiční nástroje emitované subjektem podnikajícím v ČR. Nepochybně ano, nicméně se obávám, že v případě, pokud by tento český subjekt nesplnil potřebné povinnosti (např. v případě dluhopisů neměl schválený prospekt ze strany ČNB), tak by na něj mohlo padnout podezření, že takováto propagace je veřejnou nabídkou investičního cenného papíru²⁸ provozována v rozporu se ZPKT, že je za takovýto stav odpovědný, a že je povinen zaplatit pokutu. Protiargumentem by byla skutečnost, že takovýto stav může být navozen uměle a pokuty by mohly být zneužity postupem v rámci nekalé soutěžní konkurence. I přesto, však nelze uvedený postup doporučit pokud.

Na druhou stranu, oslovení e-mailem představuje faktické zastížení klienta, příslušníka ČR, na území ČR, a tak by již tato reklama mohla být považována za reklamu na území ČR spadající do regulace ČNB. Otázkou zůstává, zda by se takový závěr uplatnil i pro případ, že by potenciální klientela využívala e-mailové adresy, které provozuje server v zahraničí (např. doména @gmail.com). Podle mého názoru by ČNB v případném řízení o uložení pokuty mohla přihlédnout ke skutečnému stavu, kdy si uživatelé stahují e-mailovou poštu do svých počítačů v ČR a jsou tak zastížení reklamou na území ČR. Za použití takové argumentace by bylo velmi pravděpodobné, že by rozesílání e-mailů mohlo být kvalifikováno jako doplňková investiční služba poskytovaná zahraniční osobou ve smyslu ZPKT. Pokud by však taková zahraniční osoba neměla licenci, je

²⁸ Podle § 34 odst. 1 „Veřejnou nabídkou investičních cenných papírů [...] je jakékoli sdělení širšímu okruhu osob obsahující informace o nabízených investičních cenných papírech a podmínkách pro jejich nabytí, které jsou dostatečné k tomu, aby investor učinil rozhodnutí koupit nebo upsat tyto investiční cenné papíry.“.

otázkou skutečné možnosti ČNB vymoci uloženou pokutu od případného nelegálního poskytovatele těchto služeb.

Výše uvedené důsledky regulace ČNB a ZPKT na poskytování investičních služeb v ČR a zahraničí vyplývají z norem ZPKT, které lze označit jako normy nutně použitelné, tedy normy, které se uplatní „vždy, bez ohledu na to, kterým právem se řídí daný vztah. Jejich použitelnost nelze ve státě jejich platnosti vyloučit“.²⁹ Tyto normy bývají označovány též jako normy imperativní. Proto ve výše uvedených vztazích nestačí sjednat jiné rozhodné právo, ale pokud je cílem vyhnout se regulaci konkrétního státu, tak je nutno fakticky vůbec regulovanou činnost na jeho území neprovádět.

Z výše uvedeného přehledu tedy vyplývá, že aby subjekt podnikající v oblasti obchodování na kapitálových trzích mohl poskytovat služby uvedené v § 4 odst. 2 a 3 ZPKT, aniž by se na něj vztahovala povinnost získat licenci pro OCP podle § 4a ZPKT případně jiné povolení pro poskytování některých doplňkových investičních služeb, tak tyto služby musí poskytovat mimo území ČR a mít také skutečné sídlo podniku mimo území ČR.

Z výše uvedeného přehledu vyplývá, že jediným způsobem, kterým lze oslovit klienty na území ČR s investičními službami bez získání povolení je provoz webových stránek zahraničním subjektem na zahraničním webovém serveru. Tyto webové stránky mohou být v jakýchkoliv jazykových mutacích, tedy i v českém jazyce. Je pak čistě odpovědností klienta z ČR, zda při jeho surfování po internetu navštíví webové stránky zahraniční společnosti, podle které se rozhodne využít investiční služby poskytované v zahraničí. Pokud by došlo k poptávce investičních služeb ze strany klienta, následná komunikace, by se odehrávala pouze elektronicky a činnost

²⁹ Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 237.

investičního podnikatele by nezasahovala jinak na území ČR (viz úvahy k bodům (i) až (xv) výše), tak by takové podnikání nespadlo pod regulaci ZPKT a dohledovou činnost ČNB.

K uvedené možnosti prezentovat služby na internetu na celosvětově přístupných stránkách v mnoha jazykových mutacích lze zmínit také judikaturu týkající se jurisdikce v případě škodných deliktů způsobených na internetu. Jeden z nejznámějších způsobů kvalifikace místa škodné události je nazýván jako tzv. škola Zippo podle amerického případu *Zippo Mfr. Co. v. Zippo Dot Com, Inc.* Podle toho existují tři úrovně možných škodných zásahů odstupňovaných podle kvality komunikace: *„posouzení společně s analýzou doposud známých soudních rozhodnutí [...] nás vede k úvaze, že to, zda zde existuje příslušnost k projednávání věci, závisí na povaze a druhu výdělečné činnosti, kterou žalovaný provozuje v síti Internet. [...] Na jedné straně stojí případy, kdy žalovaný bez pochyby podniká v prostředí sítě internet. Pokud tedy žalovaný kontrahuje se subjekty pod cizí jurisdikcí, což obnáší vědomou a opakovanou výměnu dat prostřednictvím sítě Internet, je třeba konstatovat příslušnost soudu. Druhou stranu sloupce představují případy, kdy žalovaný pouze umístil určité informace na svoji www prezentaci, která je přístupná uživatelům pod cizí jurisdikcí. Taková pasivní www prezentace, která jen zprostředkovává informace těm, kteří o ně projeví zájem, nemůže být základem k prohlášení příslušnosti soudu. Mezi oběma krajními body stojí takzvané interaktivní www prezentace, kde může probíhat výměna informací mezi uživatelem a serverem, na němž je tato prezentace umístěna. V těchto případech je třeba zkoumat míru interaktivity a povahu výměny uskutečňované prezentace.“*³⁰

³⁰ Viz POLČÁK R., *Internet a proměny práva*, Auditorium 2012, str. 125.

3.2 Daňové úniky

Obdobně i jako v otázkách regulačních, je významnou součástí mezinárodního podnikání otázka daňová. Relevantní je zejména daň z příjmů, která se uplatní jako daň srážková u zdroje nebo jako daň, který odvádí subjekt, který dosáhl příjmu.

Podnikatel musí po právní stránce velmi dobře zhodnotit, zda jeho činnost souvisí s územím ČR natolik, že by zakládala jeho povinnost odvádět v ČR daně z příjmů. Pokud by takové posouzení provedl chybně, tak by se vystavoval riziku sankcí, a to zejména v podobě doměření daně, povinnosti zaplatit pokutu, případně čelit dokonce i trestněprávnímu postihu.

3.2.1 Úprava dle zákona o dani z příjmů

Základním pravidlem u daně z příjmů je podle § 2 odst. 2 ZDP je skutečnost, že „[p]oplatníci, kteří mají na území České republiky bydliště nebo se zde obvykle zdržují, mají daňovou povinnost, která se vztahuje jak na příjmy plynoucí ze zdrojů na území České republiky, tak i na příjmy plynoucí ze zdrojů v zahraničí.“³¹ Pro naplnění domněnky bydliště nebo obvyklého zdržování v ČR pak postačí, aby se takový poplatník v ČR zdržoval alespoň 183 dnů v kalendářním roce.³² V případě, že se poplatník zdržuje na území ČR méně než 183 dní, pak takoví poplatníci „mají daňovou povinnost, která se vztahuje jen na příjmy plynoucí ze zdrojů na území České republiky“.³³ Je zřejmé, že uvedená specifikace daňové rezidence se bude týkat spíše fyzických osob, které jsou mobilnější než osoby právnické, i když i osoby právnické mohou v průběhu doby měnit sídlo, zejména ve formě změny místa skutečného výkonu své podnikatelské činnosti.

³¹ Viz § 2 odst. 2 ZDP.

³² Viz § 2 odst. 4 ZDP.

³³ Viz § 2 odst. 3 ZDP.

Sídlo je dle ZDP definováno tak, že nezahrnuje pouze formální uvedení sídla, ale také místo, ze kterého je společnost vedena. Tak podle § 17 odst. 3 ZDP „[p]oplatníci, kteří mají na území České republiky své sídlo nebo místo svého vedení, kterým se rozumí adresa místa, ze kterého je poplatník řízen (dále jen "sídlo"), mají daňovou povinnost, která se vztahuje jak na příjmy plynoucí ze zdroje na území České republiky, tak i na příjmy plynoucí ze zdrojů v zahraničí.“ Z toho vyplývá, že pro odvádění daní mimo území ČR nepostačí pouze formální založení zahraniční společnosti, ale také přemístění místa jejího vedení mimo území ČR. Prakticky se to uskutečňuje takovým způsobem, že pak na území toho státu, kde mají být daně odváděny, jsou přijímána veškerá rozhodnutí orgánu společnosti pověřeného obchodním vedením. I přesto, se taková společnost nevyhne zdanění na území ČR týkající se příjmů, které na území ČR dosáhla. Pravidelně tohoto zdanění bude dosaženo zdaněním organizační složky zahraniční osoby, když podle § 21 odst. 3 může na území ČR podnikat pouze osoba, která na území ČR založila organizační složku.³⁴ Lze však uvažovat i o zcela nárazové a nepravidelné výdělečné činnosti, kdy zakládat organizační složku nebude povinné.³⁵

Posouzení daňové rezidence ve smyslu předchozího odstavce lze označit skutečně za základní kámen daňové povinnosti podnikatele v ČR. Nestačí pouze formální umístění sídla společnosti mimo ČR, ale je nutno zkoumat konkrétního adresáta příjmů. V obdobném duchu rozhodl např. i Krajský soud v Brně, sp. zn. 30 Ca 178/2000, podle kterého „[j]estliže zahraniční pracovníci mají bydliště na území ČR a mají příjmy plynoucí ze zdrojů na území ČR, byť prostřednictvím

³⁴ Podle § 21 odst. 3 „[p]odnikáním zahraniční osoby na území České republiky se rozumí pro účely tohoto zákona podnikání této osoby, má-li podnik nebo jeho organizační složku umístěnou na území České republiky.“

³⁵ Pokud výdělečná činnost nebude mít trvalý charakter, tak nebude splněn jeden znak pojmu podnikání, a to právě jeho soustavnost. Podnikáním je totiž podle § 2 odst. 1 ObchZ „soustavná činnost prováděná samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.“

*zahraniční firmy, je zřejmé, že jsou poplatníky daně z příjmů fyzických osob.*³⁶

Předmět daně z příjmů je stanoven v § 3 odst. 1 ZDP pro fyzické osoby jako „*a) příjmy ze závislé činnosti a funkční požitky (§ 6), b) příjmy z podnikání a z jiné samostatné výdělečné činnosti (§ 7), c) příjmy z kapitálového majetku (§ 8), d) příjmy z pronájmu (§ 9), e) ostatní příjmy (§ 10).*“

Předmět daně z příjmů osob právnických je stanoven obecněji v § 18 odst. 1 ZDP, podle kterého „*[p]ředmětem daně jsou příjmy (výnosy) z veškeré činnosti a z nakládání s veškerým majetkem (dále jen "příjmy"), není-li dále stanoveno jinak.*“ Z obou ustanovení, tedy jak fyzických, tak i právnických osob existují výjimky týkající se příjmů, které nejsou předmětem daně z příjmů.³⁷

Řízení související s podáním daňového přiznání pro daň z příjmů je upraveno v DŘ. Daňové přiznání je nutno podat ve lhůtě uvedené zejm. v § 136 DŘ, tedy buď ve lhůtě 3 nebo 6 měsíců po uplynutí zdaňovacího období,³⁸ přičemž tato lhůta může být dále se souhlasem příslušného správce daně prodlužována postupem podle § 36 DŘ na žádost daňového subjektu.³⁹ Navíc, dle § 36 odst. 3 DŘ po dobu posuzování žádosti o prodloužení lhůty se staví lhůta k podání řádného daňového přiznání.⁴⁰

³⁶ Viz též v obdobné věci rozhodnutí KS v Brně č. j. 30 Ca 257/2000. Obě rozhodnutí převzata z PELC, V., Zákon o daních z příjmů. Komentář. 1. vydání. Praha: C. H. Beck, 2012, str. 21, dostupného na internetu <www.beck-online.cz>.

³⁷ Viz § 3 a § 18 ZDP.

³⁸ Viz § 136 odst. 1 a 2 DŘ.

³⁹ Viz např. § 36 odst. 4 podle kterého „*[s]práve daně může na žádost daňového subjektu nebo z vlastního podnětu prodloužit až o 3 měsíce lhůtu pro podání řádného daňového tvrzení. Pokud předmět daně tvoří i příjmy, které jsou předmětem daně v zahraničí, může správce daně na žádost daňového subjektu v odůvodněných případech prodloužit lhůtu pro podání daňového přiznání až na 10 měsíců po uplynutí zdaňovacího období.*“

⁴⁰ Podle § 36 odst. 3 DŘ „*[n]evydá-li správce daně rozhodnutí do doby, o níž má být lhůta podle žádosti prodloužena, nebo nevydá-li rozhodnutí do 30 dnů ode dne, kdy*

V případě, že je daňové přiznání podáno opožděně, uplatní se sankce stanovené v § 250 DŘ, daňový subjekt bude povinen zaplatit pokutu vyměřenou v procentuální výši za každý den prodlení, nejvýše však 5 % z daně, daňového odpočtu nebo daňové ztráty. V případě, že bude podáno daňové přiznání neúplné, bude daňovému subjektu uloženo penále podle § 251 DŘ, tedy pokuta ve výši 20 % z částky doměřené daně navýšenou o úrok z prodlení z částky daně nezaplacené dnem její splatnosti.⁴¹

Z výše uvedeného vyplývá, že by každý podnikatel, který podniká nebo se zdržuje na území ČR, měl řádně zvážit, zda je povinen v ČR také odvádět daně z příjmů. Pokud ano, tak by měl činit řádně a včas v souladu s ustanoveními ZDP a DŘ. Pokud jeho odhad situace bude nesprávný, tak se vystavuje riziku doměření daně, povinnosti zaplatit pokutu a úrok z prodlení.

3.2.2 Riziko trestního zákoníku

V předchozí kapitole č. 3.2.1 této disertační práce byly zmíněny důsledky nesprávného posouzení daňové rezidence podnikatele, a to ve formě možného uložení pokuty ze strany správce daně.

Za stejné porušení však hrozí podnikateli mnohem důraznější sankce, a to trestněprávní sankce podle TZ. Nový TZ, který vstoupil v účinnost 1. ledna 2010,⁴² pamatuje také na daňové trestné činy.⁴³

žádost obdržel, platí, že žádosti bylo vyhověno. Je-li rozhodnutí, kterým nebylo žádosti plně vyhověno, oznámeno po uplynutí stanovené lhůty, o jejíž prodloužení je žádáno, končí běh této lhůty uplynutím tolika dnů po oznámení tohoto rozhodnutí, kolik dnů zbývalo v době podání žádosti do uplynutí stanovené lhůty.“

⁴¹ K úroku z prodlení viz § 252 DŘ.

⁴² Ohledně mnoha aspektů nového trestního zákoníku je použitelná judikatura týkající se předchozího zákona č. 140/1961 Sb., trestní zákon. Tuto judikaturu je však nutno vždy pečlivě posuzovat s konkrétními okolnostmi každého jednotlivého případu.

⁴³ Viz Hlava VI Trestné činy hospodářské, § 240 (Zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby):

Jako trestný čin je zejména kvalifikováno jednání, kterým pachatel neodvede či zkrátí daň.

Trestný čin **zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby**⁴⁴ podle § 240 TZ⁴⁵ se týká neodvedení povinné platby alespoň ve „větším rozsahu“, tedy podle § 138 odst. 1 TZ v rozsahu alespoň 50.000,- Kč.⁴⁶ Za takovýto trestný čin hrozí trest odnětí svobody na 6 měsíců až tři léta, případně zákazem činnosti.⁴⁷ Pokud však bude čin spáchán společně třemi osobami nebo pachatel neodvede povinné platby ve výši alespoň 500.000,- Kč, bude pachateli udělen trest

„(1) Kdo ve větším rozsahu zkrátí daň, clo, pojistné na sociální zabezpečení, příspěvek na státní politiku zaměstnanosti, pojistné na úrazové pojištění, pojistné na zdravotní pojištění, poplatek nebo jinou podobnou povinnou platbu anebo vyláká výhodu na některé z těchto povinných plateb, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až tři léta nebo zákazem činnosti.

(2) Odnětím svobody na dvě léta až osm let bude pachatel potrestán,

a) spáchá-li čin uvedený v odstavci 1 nejméně se dvěma osobami,

b) poruší-li k usnadnění takového činu úřední uzávěru, nebo

c) spáchá-li takový čin ve značném rozsahu.

(3) Odnětím svobody na pět až deset let bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 1 ve velkém rozsahu.“

⁴⁴ Blíže viz např. ŠÁMAL, P. a kol., Trestní zákoník, edice velké komentáře, 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, str. 2415 a násl.

⁴⁵ Podle § 240 TZ *„(1) Kdo ve větším rozsahu zkrátí daň, clo, pojistné na sociální zabezpečení, příspěvek na státní politiku zaměstnanosti, pojistné na úrazové pojištění, pojistné na zdravotní pojištění, poplatek nebo jinou podobnou povinnou platbu anebo vyláká výhodu na některé z těchto povinných plateb, bude potrestán odnětím svobody na šest měsíců až tři léta nebo zákazem činnosti.*

(2) Odnětím svobody na dvě léta až osm let bude pachatel potrestán,

a) spáchá-li čin uvedený v odstavci 1 nejméně se dvěma osobami,

b) poruší-li k usnadnění takového činu úřední uzávěru, nebo

c) spáchá-li takový čin ve značném rozsahu.

(3) Odnětím svobody na pět až deset let bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 1 ve velkém rozsahu.“

⁴⁶ To by za současné sazby daně z příjmů ve výši 19 % pro právnické a 15 % pro fyzické osoby znamenalo nezdanění příjmů ve výši přibližně 264 tis. Kč u právnické osoby a 334 tis. u fyzické osoby. Samozřejmě § 240 TZ se nevztahuje pouze na daň z příjmů, ale je formulován obecně na všechny daně, poplatky a jím podobné platby, tedy i např. povinné pojistné odvody. Pokud pak budeme vycházet z předpokladu, že efektivní zdanění příjmu fyzické osoby je stanoveno přibližně na 30 % jejího hrubého příjmu, pak by pro naplnění skutkové podstaty trestného činu stačilo neodvedení povinných plateb z hrubého zisku ve výši přibližně 167 tis. Kč.

⁴⁷ Zakázanou činností může být provozování podnikatelské činnosti, kterou dosahoval podnikatel nezdaněných zisků.

odnětí svobody na 2 roky až 8 let.⁴⁸ Zkrátí-li pachatel svou daňovou povinnost o částku alespoň 5 mil. Kč, tak bude uvězněn na 5 – 10 let.

Dále TZ upravuje ve svém § 243 trestní čin **nesplnění oznamovací povinnosti v daňovém řízení**,⁴⁹ jehož skutková podstata může být naplněna tím, že např. daňový subjekt nepodá daňové přiznání nebo některé příjmy vůči správci daně zamlčí.⁵⁰ Tato skutková podstata se týká opět pouze jednání alespoň ve „větším rozsahu“, tedy v rozsahu alespoň 50.000,- Kč.⁵¹ Za takovýto trestný čin hrozí trest odnětí svobody až na dvě léta, případně zákazem činnosti.⁵² Pokud však bude čin spáchán ve „značném rozsahu“ tedy nebude splněna oznamovací povinnost týkající se odvodu daně ve výši alespoň 500.000,- Kč,⁵³ bude pachateli udělen trest odnětí svobody na 1 rok až 4 léta.⁵⁴

Zmíněné trestněprávní sankce jsou přísné, a lze usuzovat, že by měly mnohé pachatele trestné činnosti odradit od takového trestního jednání. Nicméně vzhledem k důmyslnosti a složitosti majetkoprávních propojení pachatelů těchto trestních činů, a také

⁴⁸ Viz § 240 odst. 2 TZ.

⁴⁹ Podle § 243 „(1) Kdo nesplní svoji zákonnou oznamovací povinnost vůči správci daně, a ohrozí tak ve větším rozsahu řádné a včasné stanovení daně jinému nebo její vymáhání od jiného, bude potrestán odnětím svobody až na dvě léta nebo zákazem činnosti.

(2) Odnětím svobody na jeden rok až čtyři léta nebo peněžitým trestem bude pachatel potrestán, spáchá-li čin uvedený v odstavci 1 ve značném rozsahu.“

⁵⁰ Podle komentářové literatury „oznamovací povinnost je [...] v tomto ustanovení chápána širěji než jako pouhé oznámení v užším slova smyslu, ale spíše jde o sdělení nebo podání zprávy či potřebných údajů, ať už pro řádné a včasné vyměření daně jinému, nebo pro její vymáhání.“ Viz ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní zákoník, edice velké komentáře*, 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, str. 2465.

⁵¹ Stejně jako u trestného činu podle § 240 TZ by tak stačilo zamlčet příjmy ve výši přibližně 264 tis. Kč u právnické a 334 tis u osoby fyzické. U osoby fyzické dále není správné rozvádět úvahy o započtení povinných odvodů na pojistné plnění (viz poznámka pod čarou č. 46 týkající se § 240 TZ výše).

⁵² Zakázanou činností může být např. provozování podnikatelské činnosti, kterou dosahoval podnikatel neoznamovaných zisků?

⁵³ Daňový subjekt by tak musel nesplnit svou oznamovací povinnost týkající se příjmů ve výši přibližně 2.640.000 Kč u právnické a 3.340.000 Kč u osoby fyzické.

⁵⁴ Viz § 243 odst. 2 TZ.

z důvodu informační asymetrie, kdy ČR např. nemá uzavřenou smlouvu o výměně informací, je usvědčení pachatelů mnohdy velmi složité nebo i dokonce nemožné.

Dochází také poměrně často k situacím, kdy je tato skutková podstata trestného činu spíše zneužívaná proti obchodnímu konkurentovi. I pokud by takové falešné obvinění nemělo za důsledek uvěznění obchodního konkurenta, tak zcela jistě mu způsobí časové a finanční náklady, lze také očekávat nepříznivý odraz v médiích.⁵⁵

Pachatelem trestného činu podle § 240 TZ může být jak právnická,⁵⁶ tak i fyzická osoba. Může to být však pouze osoba, která je skutečně k odvedení platby povinná, a tak je nutné v trestním řízení prokázat, že právě pachatel tuto povinnost měl. To je právě úsek, který by mohl činit orgánům činným trestním řízení velmi významnou bariéru k zahájení trestního stíhání podle § 160 zákona č. 141/1961. Sb., trestní řád, v platném znění (dále jen „**TŘ**“). Jak vyplývá z nedostatku mezinárodních smluv o poskytování informací v trestních a daňových záležitostech s některými off-shore jurisdikcemi, pokud pachatel používá pro své podnikání off-shore společnosti, tak se orgány činné v trestním řízení nemusí vůbec dostat k relevantním informacím o toku peněz a hlavně o zúčastněných osobách (když se běžně používají několikavrstvé struktury a do orgánů a funkcí společníků/akcionářů jsou dosazeni profesionální správci společností, tzv. nominees).

⁵⁵ Bez jakéhokoliv vyjadřování ke správnosti veřejně dostupných informací, lze např. zmínit právní bitvy okolo Karla Janečka a jeho protikorupčního fondu. Viz např. článek *Kardinál Radek obviňuje protikorupčního Janečka z krácení daní. Nesmysl, reaguje finančník, dostupný na internetu* <<http://www.ceskapozice.cz/byznys/podnikani-trhy/kardinal-radek-obvinuje-protikorupcniho-janecka-z-kraceni-dani>> včetně přílohy na <https://www.google.cz/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ceskapozice.cz%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fprvniinfo.pdf&ei=oaTtUfaTK4mZtAbT_4HIAg&usg=AFQjCNFEedZQDczMPSx1I0u0D_D2hKOCQg>.

⁵⁶ K pachateli právnické osobě viz např. Jelínek, J., Herczeg, J.: *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob, Komentář s judikaturou 2. aktualizované a doplněné vydání*, Leges 2013, ISBN: 978-80-87576-43-4.

Pokud pachatel zkrátil daň nebo povinnou platbu v rozporu s § 240 TZ, může způsobit zánik trestnosti tím, že projeví účinnou lítost v souladu s § 33 TZ. Podle § 33 TZ trestní odpovědnost pachatele trestného činu zkrácení daně, poplatku a podobné povinné platby zaniká, „*jestliže pachatel dobrovolně a) škodlivému následku trestného činu zamezil nebo jej napravil, nebo b) učinil o trestném činu oznámení v době, kdy škodlivému následku trestného činu mohlo být ještě zabráněno [...]*“.⁵⁷ Podmínkou účinné lítosti je pachatelovo dobrovolné jednání, jako znamení obratu jeho vůle ve prospěch nápravy nezákonnosti jeho jednání. Motivací účinné lítosti nemůže být pouze pragmatické jednání pachatele s úmyslem zbavit se trestní odpovědnosti. Zpravidla pak může být absence dobrovolnosti shledána tam, kdy pachatel povinnou platbu odvede poté, co mu byla vyměřena ze strany správcem daně.⁵⁸ V praxi tedy dojde k účinné lítosti spíše ve výjimečných případech.⁵⁹

3.3 Dodržování cizího právního řádu

Právní úprava neobsahuje odpovědi na některé zásadní právní otázky. Tyto otázky souvisí zejména s tím, který právní řád se uplatní v rámci řetězu soukromoprávních vztahů mezi zahraniční holdingovou společností a jinými společnostmi a také fyzickými osobami v rámci koncernu. Případně pokud již právní úprava na stanovení rozhodného práva pamatuje, poměrně často také stanoví tzv. únikové doložky, podle kterých se může rozhodovací orgán od subsidiární zákonné

⁵⁷ Viz § 33 TZ.

⁵⁸ Viz ŠÁMAL, P. a kol., Trestní zákoník, edice velké komentáře, 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, str. 2436.

⁵⁹ Nicméně pachatel by mohl argumentovat za použití rozhodnutí Ústavního soudu ČR sp. zn. IV. ÚS 3093/08, které se týká pouze skutkové podstaty neodvedení platby podle § 241 TZ, ale podle kterého se výhodnější lhůta ke splnění účinné lítosti (tj. zaplacení do doby než soud začne vyhlášovat rozsudek) může uplatnit i na skutkovou podstatu zkrácení daně podle § 240 TZ. V rozhodnutí Ústavní soud ČR uvádí, že „*považuje za nepřipustné, aby soudy posuzovaly lhůty k uplatnění účinné lítosti pro obdobnou trestnou činnost tak rozdílně. Tedy, aby lhůta zjištěná interpretací obecného ustanovení byla nepoměrně kratší než lhůta stanovená zákonem pro jednání, jehož dopad je závažnější*“.

úpravy odchýlit, pokud to tak uzná za vhodné vzhledem k rozumnému a spravedlivému uspořádání ve věci.⁶⁰

I pokud by bylo, po analýze zahraničních relevantních právních předpisů, možné určit rozhodné právo nemusí být zcela zjevné, které normy jsou v takovém právním řádu kogentní nebo imperativní a do jaké míry a detailu souvislostí musí být dodržována.⁶¹ To pak limituje podnikatele při přípravě smluv, řídících se právním řádem toho kterého státu. Nutností je pak konzultace s místním právním poradcem, což zvyšuje nákladovost podnikání.⁶²

⁶⁰ V právu ČR je taková úniková klauzule stanovena v § 9 ZMPS

⁶¹ Praktický případ imperativních norem viz např. regulace Foreign Direct Investment ve většině států východního bloku a Asie.

⁶² Výjimkou nebývají např. sazby ve výši 400 Eur za hodinu, přičemž výsledky právní práce nejsou pro Evropany, zvyklé na disciplinované výstupy evropských advokátních a daňových poradců, vždy zcela uspokojivé, a to jak z kvalitativního, tak z časového hlediska. Samozřejmě vždy platí, že se kvalita služeb se u jednotlivých poskytovatelů může lišit.

4. NĚKTERÁ EKONOMICKÁ RIZIKA

S mezinárodním plánováním podnikání mohou být spojená i jiná než jen právní rizika. Jde také zejména o ekonomická rizika, tedy o rizika spojené s umístěním investice (tedy riziko politicko-ekonomické daného státu nazývané systematickým rizikem) a celkovým managementem podnikání spočívajícím v řízení personálního rizika (nedostatečná možnost kontroly a vymahatelnosti plnění povinnosti členů orgánů zahraničního subjektu).

4.1 Systematické riziko státu umístění holdingu

Systematické riziko spočívá v rizikovosti jurisdikce jako takové. Je to riziko, které podle analytiků není možné diverzifikovat.⁶³ Mezi taková rizika lze zařadit např. riziko bankrotu celého státu, případně velmi znatelný dopad mohou být i výkyvy ve směnných kurzech domácí měny vůči hlavním světovým měnám. Mezi nedávnými případy lze jmenovat zejména Kypr, kterému musela být poskytnuta finanční podpora ze strany EU.⁶⁴ Navíc Kypr zdanil veškeré vklady v kyperských bankách jednorázovou sazbou ve výši 10 %.⁶⁵ S tímto rizikem je nutné počítat a vybírat si stabilní jurisdikce. V případě Kypru by pomohlo mít také účet v jiné bance než v nestabilním Kypru. Situace v Kypru se dala očekávat, a to zejména z důvodu vysokého podílu řeckých dluhopisů v portfoliu největších kyperských bank.⁶⁶ Toto riziko bylo velkými českými skupinami

⁶³ Oproti tomu lze např. diverzifikovat obchodní riziko např. tím, že společnost rozšíří výrobní řadu nebo množství odběratelů.

⁶⁴ Viz např. *Cyprus receives EU-IMF bailout funds*, článek BBC News, 13. května 2013 dostupný na internetu <<http://www.bbc.co.uk/news/business-22506385>>.

⁶⁵ Viz např. *Shock in Cyprus as savers face bailout levy*, článek BBC News, 16. března 2013 dostupný na internetu <<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-21814325>>.

⁶⁶ Viz popis v článku CNBC ze dne 23. března 2013, *CORRECTED-FACTBOX-The Cyprus banks that have transfixed the world*, dostupném na internetu <<http://www.cnbc.com/id/100585005>>. „Why it's in trouble: It lost 1.6 billion euros on Greek bonds in 2011. Provisions for bad loans more than doubled to 800 million in the first nine months of 2012 as non performing loans shot up to 17 percent of its total

údajně detekováno již dříve a byly k tomu učiněny odpovídající kroky (změna bankovních ústavů před jejich kolapsem).⁶⁷

4.2 Personální riziko

Personální riziko spočívá v nedostatečné možnost kontroly a vymahatelnosti plnění povinnosti členů orgánů zahraničního subjektu. Běžným uspořádáním ve využívání tzv. off-shore jurisdikcí je také využití místního managementu, tedy složeného z osob trvaly pobývajících v té dané jurisdikci. S těmito manažery lze sjednat smlouvu o výkonu jejich funkce (viz Příloha č. 1 této disertační práce). Tyto smlouvy mívají spíše formulářový charakter a nezaručují investorovi dostatečnou obranu proti situaci, kdy by se např. takový manažér odmítal podrobit příkazům investora. Navíc je otázkou vymahatelnost těchto smluv. Stejně tak se využívají tzv. nominees i na pozici akcionáře, tito shareholder nominees vydávají prohlášení, že akcie v jejich formálním vlastnictví drží ve skutečnosti pouze pro jiného akcionáře (viz Příloha č. 2 této disertační práce). Touto nominee strukturou je zajištěno, že na první pohled dle výpisu z obchodního rejstříku je taková společnost daňovým rezidentem cizího státu (tento formální přístup však není správný, když rozhodným je spíše skutečný vliv, a to na základě jakékoliv možnosti ovládání společnosti). Na druhou stranu investor ztrácí možnost přímého ovládání své investice, veškeré jeho povely budou plněny až zprostředkovaně. Místo věcného práva vlastnictví k akciím je jeho právo odvozené, tedy spíše závazkového charakteru.

book. Greece was the main driver of 2012's higher loan losses, with 436 million euros of provisions booked there.

Cyprus Popular Bank (Laiki) What: Founded more than 110 years ago, Laiki Bank Group stretches across 10 markets. Its market value hit more than 8.1 billion in November 2007, before falling as low as 170 million euros in March 2013. Retail and corporate/investment banking are the mainstays, but Laiki also has a wealth management business and other investments.“

⁶⁷ Viz VOKURKOVÁ, K., *Čeští miliardáři: Peníze na Kypru? Už je máme jinde* ze dne 18. března 2013, dostupný na internetu <<http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/podnikani/clanek.phtml?id=774397>>.

5. TYPICKÉ TRANSAKCE

Tato disertační práce se zabývá způsoby a formami investování kapitálu v mezinárodním právu soukromém. Je tedy vhodné vymezit, alespoň v obecné rovině, způsoby, kterým dochází k financování podnikatelských projektů.

5.1 Financování

Jak pro podnikání v oblasti kapitálových trhů, tak i v oblasti investic do obchodních podílů lze rozlišovat:⁶⁸

- (i) úvěrové financování, které lze dle způsobu poskytnutí a zajištění dále dělit na několik druhů, tj. např. dle věřitele na bankovní a nebankovní úvěr, dle pořadí pohledávek věřitelů na seniorní, mezaninový a juniorní, dle zajištění a rozvojového stádia projektu na běžný úvěr nebo projektové financování;
- (ii) investice do vlastního kapitálu společnosti, tj. např. vklad mimo základní kapitál společnosti;
- (iii) nákup podílu společnosti, a to v situaci zvýšení základního kapitálu (včetně emise nových akcií), případně odkoupení podílu (akcií) od společníka;
- (iv) dluhopisové financování,
- (v) směnečný program
- (vi) vstup na burzu. Tyto způsoby a jejich ekonomický background jsou popsány níže.

⁶⁸ Se všemi těmito způsoby souvisí pojmy rizikový kapitál ve formách seed capital, venture capital nebo private equity, které mají význam spíše z ekonomického pohledu.

5.1.1 Bankovní financování

Bankovní financování přichází v úvahu v okamžiku, kdy je dlužník ochoten poskytnout dostatečné zajištění úvěru. Úvěrů je mnoho druhů, např. podle množství bank je lze dělit na bilaterální a syndikované, dle možnosti opakovaného čerpání na jednorázové (někdy označované jako tzv. bullet) a s možností opakovaného čerpání (označované jako tzv. revolvingové), nebo dle důvodu financování na běžné úvěry a project finance.

Bilaterální a syndikované úvěry v MPS

Bilaterální úvěry jsou takové úvěry, kde věřitelem je pouze jedna banka a vztah je tedy pouze dvoustranný.

Syndikovaný úvěr je takový úvěr, kde je na straně věřitele více osob. Oproti bilaterálním úvěrům je tedy vztah jednodušší. Může se stát, že věřitelé jsou z různých států. Podnik dlužníka se taktéž může nacházet na území více než jednoho státu, a to jak na území Evropské unie, tak i mimo ní.

Co se týče doporučené právní úpravy zúčastněných stran, je vhodné upravit co nejpodrobněji vztah mezi stranami smluvně.

Project finance

Poněkud odlišný přístup zastávají banky při financování projektů v raném stádiu jejich vývoje, známého obecně pod anglickým pojmem Project finance.⁶⁹ Project finance se uskutečňuje u projektů, které mají stanovenou výnosnost na několik let dopředu, typický je pak tento způsob financování u výstavby a provozu energetických celků.

⁶⁹ K vysvětlení pojmu Project finance viz např. YESCOMBE, E. R., *Principles of Project Finance*, Academic Press 2002.

Hodnota takového projektu spočívá v jeho budoucích peněžních tocích, jejichž existence je více či méně riziková.⁷⁰ Častými projekty, které jsou bankami financovány, jsou projekty v oblasti energetiky (např. výstavba nové elektrárny), a to zejména z důvodu jejich přímočarosti a předvídatelnosti výnosů.

Project finance představuje pro banky mnohem větší riziko než financování již fungující společnosti, a proto jsou ze strany bank požadovány dodatečné ekonomické i právní garance návratnosti projektu.

Mezi takové pojistky patří zejména: (i) neodmyslitelná možnost banky provést právní audit veškerých smluv, které souvisí s financovaným projektem, přičemž hlavní pozornost bude soustředěna na dlouhodobé kontrakty, týkající se dodávek výrobních vstupů a následně smluv na odběr vyrobené komodity za předem určenou cenu, (ii) co největší přenesení odpovědnosti na smluvní strany financovaného projektu, (iii) pojištění projektu, (iv) záruka mateřské společnosti, (v) syndikování projektu, (vi) možnost financujících entit převzít projekt jako celek.⁷¹ Smluvní uspořádání projektu je uspořádáno tak, aby veškerá pozitivní cash flow byla soustředěná v jedné společnosti, která je pak hlavním dlužníkem z poskytnutého financování.

5.1.2 Určení rozhodného práva v úvěrových vztazích

Na základě takto komplikované situace se na povrch dostávají mnohé otázky mezinárodního práva soukromého, a to zejména otázky určení rozhodného práva mj. (i) vztahu mezi zúčastněnými stranami,

⁷⁰ Obecně platí, že s vyšším rizikem je nutno počítat s vyšším výnosem, který by toto riziko kompenzoval. Vyšší riziko se projeví ve vyšší diskontní hodnotě (WACC) ve znaleckém posudku vypočítávajícím hodnotu projektu a také ve vyšší úrokové sazbě za bankové financování, pokud bude banka vůbec ochotna úvěr na rizikový projekt poskytnout.

⁷¹ Ujednání v takových smlouvách může mít výrazný soutěžněprávní dopad.

(ii) otázky zajištění úvěru, (iii) otázky případného vymáhání nároků věřitelů a (iv) otázky případné insolvence.

5.1.2.1 Mezivěřitelské dohody

Co se týče úpravy mezi věřiteli v případě syndikovaného úvěru, bude vhodné upravit jejich vztah mezivěřitelskou smlouvou (tzv. *intercreditor agreement*). Taková úprava musí zejména pamatovat na vztahy vzájemného zastoupení vůči dlužníkovi, včetně komunikace mezi věřiteli a procesu vzájemného vytváření vůle. Pokud bude jejich vztah upraven smluvně, tak v zásadě by neměly vznikat problémy s určením rozhodného práva. Právo rozhodné pro závazkový právní vztah lze upravit smluvně, uplatnilo by se takové právo, které si strany smluvně zvolí.

Pro případ, že si věřitelé rozhodné právo nezvolí, tak se bude jejich vzájemná práva a povinnosti řídit podle čl. 4 odst. 2 Nařízení Řím I. „*právem země, v níž má strana, která je povinna poskytnout plnění charakteristické pro smlouvu, své obvyklé bydliště*“, podle § 10 odst. 1 ZMPS „*právním řádem, jehož použití odpovídá rozumnému uspořádání daného vztahu*“, případně podle § 87 odst. 1 NZMPS „*právem státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí*“. Takovým rozhodným právem podle všech tří zmíněných předpisů bude pravděpodobně právo státu, v němž má sídlo strana, která poskytuje plnění charakteristické pro smlouvu.

Tak u mezivěřitelské smlouvy vystupuje jako charakteristický sjednocující subjekt tzv. agent, tedy zástupce věřitelů v kontaktu s dlužníkem. Lze tedy dovozovat, že to je právě ta strana, která poskytuje charakteristické plnění ze smlouvy. Právem státu, ve kterém má agent sídlo, by se tedy měla řídit mezivěřitelská smlouva.⁷²

⁷² Jiný argument lze však také použít ve prospěch práva státu sídla věřitele, který by se potenciálně finančně účastnil v mnohem větší míře než ostatní účastníci syndikátu. Pak by se dalo uvažovat o tom, že právě jeho plnění je pro smlouvu charakteristické.

Pro případ, že by mezivěřitelská smlouva nebyla uzavřena, a to ani ústně, nešlo by o syndikovaný úvěr, ale o několik úvěrů bilaterálních.

To co bylo řečeno o úpravě práva rozhodného v syndikovaných úvěrech lze obdobně aplikovat taktéž na úpravu jiných typů úvěrů, jako úvěrů revolvingových nebo úvěrů, ve kterých je stanovena možnost pouze jednorázového čerpání.

5.1.2.2 Smlouva o úvěru

Smlouva o úvěru je závazkovým právním vztahem, a proto lze zvolit rozhodný právní řád.⁷³ Ve vztazích společností se sídlem na území EU se uplatní Nařízení Řím I.,⁷⁴ ve vztazích mezi společnostmi, které mají sídlo mimo EU se pak rozhodné právo určí podle vnitrostátních pravidel o mezinárodním právu soukromém, v případě ČR tak bude ZMPS nebo po 1.1.2014 NZMPS.

Vztah mezi věřitelem a dlužníkem se bude pravidelně řídit právem určeným ve smlouvě, jinak právem státu, ve kterém má sídlo dlužník. Jeho plnění (čerpání a následné splácení společně s úroky) lze totiž považovat, na rozdíl od plnění věřitele, který pouze vydává a přijímá platební prostředky, za plnění charakteristické pro úvěrovou smlouvu.

S ohledem na znění § 10 odst. 2 mám za to, že na činnost agenta z mezivěřitelské smlouvy je nutno aplikovat spíše úpravu příkazní a jím podobným smlouvám podle § 10 odst. 2 písm. e) (když podle § 724 OZ se příkazník zavazuje, „že pro příkazce obstará nějakou věc nebo vykoná jinou činnost“ a podle § 566 ObchZ se mandatář zavazuje, „že pro mandanta na jeho účet zařídí za úplatu určitou záležitost uskutečněním právních úkonů jménem mandanta nebo uskutečněním jiné činnosti, a mandant se zavazuje zaplatit mu za to úplatu“) než úpravu smlouvy o obchodním zastoupení podle § 10 odst. 2 písm. f) ZMPS (když podle § 652 ObchZ se „obchodní zástupce jako nezávislý podnikatel zavazuje dlouhodobě pro zastoupeného vyvíjet činnost k uzavírání určitého druhu smluv [...] nebo sjednávat a uzavírat obchody jménem zastoupeného a na jeho účet.“).

⁷³ Viz § 9 odst. 1 ZMPS, podle kterého si účastníci smlouvy mohou „zvolit právo, jímž se mají řídit jejich vzájemné majetkové vztahy; mohou tak učinit i mlčky, není-li vzhledem k okolnostem o projevené vůli pochybnost.“

⁷⁴ Volba práva viz čl. 3 odst. 1 Nařízení Řím I podle kterého se smlouva „řídí právem, které si strany zvolí. Volba musí být vyjádřena výslovně nebo jasně vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu. Strany si mohou zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu nebo pouze pro její část.“

5.1.2.3 Zajišťovací dokumentace

Zajišťovacích prostředků je v souvislosti s úvěrovým financováním na výběr poměrně široká škála. Vzhledem k jejich širokému využívání dochází poměrně běžně k situaci, kdy je majetek společnosti v rámci jednoho úvěru použit jako kolaterál několikrát.⁷⁵ Např. jsou zároveň zastaveny nemovitosti a podnik dlužníka. Takové několikeré zajištění může budít pochybnosti ohledně toho, zda je takové zajištění platně sjednané. Do současné doby soudy takové zajištění uznávaly.

Nejčastějšími způsoby zajištění pohledávek jsou v souvislosti s úvěrem zřízení zástavního práva (k movitým věcem, nemovitostem, podniku, nehmotným věcem jako jsou ochranné známky a pohledávkám, včetně pohledávek z bankovních účtů a pojistných smluv), zajišťovací směnka, ručitelské prohlášení, zajišťovací převod práv, přičemž tyto instituty je vhodné kombinovat s notářským zápisem o dohodě stran o vykonatelnosti závazků dlužníka nebo ručitele.

Důsledky mezinárodního práva soukromého závisí na tom, zda jde o věcněprávní nebo závazkový zajišťovací institut. Zástavní právo se řadí mezi věcná práva. Jeho povaha však není až tak jednoznačná. „*Právní povaha zástavního práva je sporná [...] Považuje se za věcné právo, je-li předmětem zástavy věc. V ostatních případech se ovšem upírá zástavnímu právu povaha věcného práva a považuje se spíše za právo obligační*“.⁷⁶

Věcným právem je tedy zástavní právo k movitým věcem a nemovitostem. Dále také pravděpodobně k právům duševního

⁷⁵ Teoretické otázky přezajištění majetku byly např. v podmínkách ČR řešeny v insolvenčním řízení týkajících se zkrachovalých severočeských sklářských podniků.

⁷⁶ KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J.: *Občanské právo hmotné 1*, 4. aktualizované a doplněné vydání, ASPI, 2005, str. 311.

vlastnictví, zapisovaným do veřejných rejstříků.⁷⁷ Zástavní právo k pohledávkám bude představovat závazkové právo. Sporným bude zástavní právo k podniku, kde bude zčásti vyvolávat věcněprávní důsledky (např. vůči nemovitostem) a zčásti důsledky závazkové právní (např. ve vztahu k pohledávkám). Okolnost, zda je zástavní právo věcněprávním nebo závazkověprávním, má vliv na možnost sjednání cizího právního řádu, kterým se takové zástavní právo bude řídit.

Nejprve se budeme věnovat zástavnímu právu jako právu věcnému. Vznik věcného práva se dle ZMPS neřídí dohodou stran. Podle § 5 ZMPS *„Věcná práva k nemovitostem i k věcem movitým se řídí, pokud v tomto zákoně nebo ve zvláštních předpisech není stanoveno jinak, právem místa, kde věc je.“*⁷⁸ Otázka nemožnosti sjednat rozhodný právní řád je aktuální zejména u věcí movitých, u kterých za současného stavu platí, že pokud by strany měly v úmyslu zřídit zástavní právo podle práva cizího státu, museli by tam předmět zástavního práva přesunout.⁷⁹ U nemovitostí je, vzhledem k jejich pevnému spojení se zemí pevným základem, situace, kdy nelze sjednat jiný právní řád, poměrně přirozenou. Lze taktéž připomenout, že předpisy týkající se zápisu práv do veřejných registrů, včetně katastru nemovitosti, lze požadovat za předpisy imperativní, tudíž je nutné je vždy dodržet i kdyby příjemce takových práv byla zahraniční osoba.

U movitých věcí může vzniknout také otázka mobilního konfliktu. V situaci, kdy by se zástavní právo zřídilo podle práva státu New York a následně by byla movitá věc přesunuta na území

⁷⁷ Tj. zejména ochranné známky.

⁷⁸ Viz § 5 ZMPS.

⁷⁹ Autorovi této disertační práce je znám případ, kdy za účelem zřízení zástavního práva ke dvěma dopravním letounům Boeing podle práva státu New York, bylo zvažováno jeho přesunutí na území státu New York, a to alespoň na okamžik podpisu zástavní smlouvy. Takový přesun by velmi zvýšil nákladnost celé transakce.

České republiky, vznikla by otázka, kterým právním řádem by se nadále řídilo zástavní právo. Odpověď poskytuje akademická sféra, podle které *„Právo nové polohy se uplatní pro posouzení obsahu a účinků nabytého věcného práva. Můžeme mluvit o tom, že právo, k jehož nabytí došlo ve státě X, bude přeneseno (transponováno) do ekvivalentní kategorie státu Y a bude mít v budoucnu stejné právní účinky, jaké má obdobné právo podle právního řádu státu Y. To znamená např., že při uplatňování zástavního práva k věci na území ČR, které bylo získáno podle zahraničního práva, může zástavní věřitel uplatňovat jen ta práva, která zástavnímu věřiteli přiznává úprava zástavního práva v českém právním řádu (obč. zák.).“*⁸⁰ Teoreticky jasné řešení může v praxi přinášet komplikace. Přinejmenším se dlužníkovi při výkonu zástavního práva, zřízeného podle cizího právního řádu, otevírá širší možnost zpochybňování zástavního práva a tím i prodlužovat, ba i přímo znemožňovat výkon práv zástavního věřitele (může např. zpochybňovat platnost zástavní smlouvy, případně namítat nemožnost určitých způsobů zpeněžení, pokud je nedovoluje ani právo státu, kterým se původně zástavní právo řídilo).

Pokud je zřízeno zajištění ve formě závazkového práva, platí, že lze smluvně sjednat právo rozhodné podle § 9 odst. 1 ZMPS, případně čl. 3 odst. 1 Nařízení Řím I. V obou případech platí, že rozhodné právo lze sjednat i mlčky, přičemž by mělo z okolností případu jasně vyplývat,⁸¹ a taková volba by vzhledem k okolnostem neměla vznášet žádné pochybnosti.⁸² To samé platí i podle § 87 odst. 1 NZMPS, podle kterého *„Smlouvy se řídí právem státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí, pokud smluvní strany nezvolily rozhodné*

⁸⁰ Zelený Kučera str. 277 - 278.

⁸¹ Viz čl. 3 odst. 1 Nařízení Řím I.

⁸² § 9 odst. 1 ZMPS.

*právo. Volba práva musí být vyjádřena výslovně nebo musí vyplývat bez pochybností z ustanovení smlouvy nebo z okolností případu.*⁸³

Pokud by si strany nezvolili rozhodné právo, tak by se podle ZMPS a NZMPS závazkový zajišťovací vztah řídil právem, státu, s nímž smlouva nejúžeji souvisí,⁸⁴ podle Nařízení Řím I. „*právem země, v níž má strana, která je povinna poskytnout plnění charakteristické pro smlouvu, své obvyklé bydliště*“,⁸⁵ případně právem státu, s nímž je smlouva nejúžeji spojená.⁸⁶ Pro určení rozhodného práva je nutné analyzovat konkrétně každý případ. Mám za to, že zástavní právo k pohledávce se bude řídit právem, jímž se řídí daná pohledávka⁸⁷ (jiný výklad by mohl být obtížný při posuzování platnosti možnosti pohledávku zastavit), zástavní právo k pohledávkám z bankovních účtů se bude řídit místem evidence takových bankovních účtů, a pohledávka k nehmotným statkům se bude řídit buď místem sídla veřejného registru nebo právem, podle kterého konkrétní nehmotný statek vznikl (opět, tento přístup je zvolený zejména pro posílení právní jistoty ohledně platnosti zástavní smlouvy, která by jako předmět zástavního práva určila zahraniční právo – pro zřízení takového zástavního práva musí být splněny právní předpisy státu, kterým se řídí právní vztahy ke kolaterálu).

Co se týče zástavního práva k podniku, mám za to, že může podléhat mozaikové úpravě rozhodného práva. Zástavní právo k podniku se bude řídit právem umístění tohoto podniku. Pokud budou jednotlivé části podniku umístěny v několika státech, tak se bude zástavní právo řídit právem země, ve kterém je taková část podniku (např. bankovní účty v zahraničí) umístěna.

⁸³ Viz § 87 odst. 1 NZMPS.

⁸⁴ Viz § 87 odst. 1 NZMPS a § 9 odst. 1 ZMPS.

⁸⁵ Viz čl. 4 odst. 2 Nařízení Řím I.

⁸⁶ Viz čl. 4 odst. 3 a 4 Nařízení Řím I.

⁸⁷ Jiný přístup může být takový, že by se měla řídit právem sídla zástavce nebo místem sídla poddlužníka.

5.1.3 Dluhopisový program

Alternativou k financování pomocí bankovních úvěrů je financování prováděné vydáním dluhopisů.

Výraznou výhodou dluhopisů je, že na rozdíl od úvěrového financování, lze dluhopisy prodávat na regulovaných trzích. Tím společnost získá kapitál od třetích osob, aniž by jim musela vydávat nové akcie. Dluhopisy je možné prodávat na oficiálních i neregulovaných kapitálových trzích. Pravidlem však zůstává, že celou emisi dluhopisů koupí předem dohodnutý investor, kterým bude pravidelně banka. Tato banka tedy na sebe bere riziko prodeje dluhopisů na trhu, přičemž je za toto odměněna nižší upisovací cenou a poplatkem za službou související s primárním úpisem dluhopisů.

Další výhodou dluhopisů může být možnost splacení dluhopisů jednou platbou ke dni jejich splatnosti. V takovém případě je častým jevem, že splacení dluhopisů je financováno novou emisí dluhopisů. V takovém případě společnost platí za cizí kapitál pouze výnosové procento z dluhopisu dle emisních podmínek, které se pohybuje standardně ve výši 2 – 10 % a náklady na jejich správu (za právní a finanční poradce a zprostředkovatele).

Emise dluhopisu se provádí tak, že si emitent v první řadě zvolí právní a finanční poradce ve věci a aranžéra, který bude dluhopisy nabízet a prodávat na volném trhu.

K některým otázkám mezinárodního práva soukromého ve vztahu k dluhopisům viz kapitola č. 5.1.4 této disertační práce.

Postup při vydávání dluhopisů

Dluhopisy a jejich emise je upravena v ZoD. Dluhopis může být vydán jak fyzickou, tak i právnickou osob. Význam pojmu dluhopis je stanoven v § 2 odst. 1 ZoD, podle kterého je dluhopis „*zastupitelný cenný papír vydaný podle českého práva, s nímž je*

spojeno právo na splacení určité dlužné částky jeho emitentem a popřípadě i další práva plynoucí ze zákona nebo z emisních podmínek“. ZoD tak výslovně omezuje svojí působnost pouze na dluhopisy, které jsou vydány podle práva ČR. Pokud budou obdobné cenné papíry vydány podle práva jiného státu, tak i přesto se pro jejich nabízení na trhu ČR uplatní regulace podle ZPKT a dohled ČNB, a to proto, že takový cenný papír by spadal do definice investičních cenných papírů podle § 3 odst. 2 písm. b) ZPKT.⁸⁸

Úprava vydávání dluhopisů není v ČR nijak přísná, dluhopisy lze vydávat i bez ingerence ČNB. Pokud by se měly dluhopisy nabízet veřejně,⁸⁹ tak by pak bylo nutné vyhotovit ke dluhopisům prospekt a nechat ho schválit ze strany ČNB.⁹⁰ To se týká i dluhopisů vydaných podle zahraničního práva. Pro schválení dluhopisu ČNB je nutno počítat s minimálně 10 denní lhůtou, která je podle § 36c odst. 5 ZPKT stanovena k rozhodnutí ČNB v prvním stupni o žádosti o schválení prospektu. Tato lhůta se prodlužuje na 20 denní, pokud je to vůbec první nabídka cenných papírů konkrétního emitenta.⁹¹

⁸⁸ Podle § 3 odst. 2 písm. b) ZPKT jsou investičními cennými papíry „*cenné papíry, které jsou obchodovatelné na kapitálovém trhu. Investičními cennými papíry jsou zejména [...] dluhopisy nebo obdobné cenné papíry představující právo na splacení dlužné částky.*“

⁸⁹ Veřejnou nabídkou je podle § 34 odst. 1 ZPKT „*je jakékoli sdělení širšímu okruhu osob obsahující informace o nabízených investičních cenných papírech a podmínkách pro jejich nabytí, které jsou dostatečné k tomu, aby investor učinil rozhodnutí koupit nebo upsat tyto investiční cenné papíry.*“

⁹⁰ Podle § 35 odst. 1 může nabízet investiční cenné papíry veřejně „*jen osoba, která nejpozději na počátku veřejné nabídky uveřejní prospekt cenného papíru (dále jen "prospekt") schválený Českou národní bankou (§ 36c) nebo orgánem dohledu jiného členského státu Evropské unie (§ 36f).*“

⁹¹ Podle § 36c odst. 5 ZPKT „*Česká národní banka rozhodne v prvním stupni o žádosti podle odstavců 1, 2 nebo 3 do 10 pracovních dnů ode dne doručení této žádosti, pokud jsou součástí žádosti doklady o tom, že emitent cenného papíru uvedeného v prospektu má už cenné papíry přijaté k obchodování na evropském regulovaném trhu nebo už veřejně cenné papíry nabízel. Tato lhůta se prodlužuje na 20 pracovních dnů, pokud emitent cenného papíru uvedeného v prospektu nemá žádné cenné papíry přijaté k obchodování na evropském regulovaném trhu a dosud veřejně cenné papíry nenabízel.*“.

Pro vydání dluhopisů je nutno sepsat emisní podmínky a tyto zveřejnit nejpozději k datu emise dluhopisů. Datum emise je uvedeno na dluhopisu (v případě listinného dluhopisu) a také v emisních podmínkách. Prakticky jde o datum, od kterého lze dluhopisy prodávat investorům.⁹² Pokud budou vydány zaknihované dluhopisy, bude také nutno dohodnout podmínky jejich vedení depozitářem cenných papírů. V ČR by pak taková dohoda byla nutná se společností Centrální depozitář cenných papírů, a.s. Následně je nutné dluhopisy prodat, a to buď na regulovaném trhu (uplatní se přísnější kritéria na přijetí těchto dluhopisů k obchodování) nebo soukromému investorovi mimo regulovaný trh na základě a za podmínek smlouvy o úplatném převodu cenných papírů.

Další otázkou je platba výnosů z dluhopisů, které probíhají buď napřímo mezi emitentem a investorem (v případě přímého prodeje dluhopisů) nebo prostřednictvím clearingového agenta (v případě přijetí dluhopisů k obchodování na regulovaných trzích). Právě při použití clearingového agenta se na finanční převody může uplatnit více právních řádů a mohou vznikat další komplikované otázky.

5.1.4 Otázky MPS u dluhopisových plateb

Podle § 2 odst. 1 ZoD „*Dluhopis je zastupitelný cenný papír vydaný podle českého práva, s nímž je spojeno právo na splacení určité dlužné částky jeho emitentem a popřípadě i další práva plynoucí ze zákona nebo z emisních podmínek dluhopisu (dále jen „emisní podmínky“).*“ Tato definice je co ve vztahu k mezinárodnímu právu soukromému poměrně nepřesná, když by se z této formulace mohlo dovozovat, že dluhopis vydaný podle cizího právního řádu, nebude dluhopisem ve smyslu ZoD. Další ustanovení ZoD, týkající se

⁹² Podle § 2 odst. 3 ZoD „*Emisí dluhopisů se rozumí soubor dluhopisů vydávaných na základě týchž emisních podmínek a majících stejné datum emise a stejné datum splatnosti. Dluhopisům téže emise se přidělí stejné identifikační označení podle mezinárodního systému číslování pro identifikaci cenných papírů (ISIN), je-li přidělováno, nebo jiný údaj identifikující dluhopis.*“

dluhopisů emitovaných v zahraničí však právě nasvědčují, že tomu tak není. Český emitent může vydat dluhopis i podle jiného právního řádu než ČR.

Poměrně složité mohou být linie plateb souvisejících s dluhopisy emitovanými na regulovaných trzích. Tyto otázky mají dopad např. na okamžik přechodu vlastnictví k jednotlivým tranšům plateb a stát, ve kterém emitent toto vlastnictví nabyde. Důsledky mohou být velmi praktické, mj. s dopady do účetnictví emitenta, případně s ochranou majetku, kdy s otázkami okamžiku převodu vlastnického práva se může taktéž odkrývat citlivý okamžik možnosti případného výkonu rozhodnutí proti vlastníkovi těchto plateb (k ochraně majetku blíže viz kapitola č. 8 této disertační práce).

Konkrétně jde o otázky přijetí kupní ceny dluhopisů, jejich splacení a platby kupónů.

Pokud jde o dluhopisy emitované na regulovaném trhu, tak tyto platby nejsou prováděny přímo mezi emitentem a investory, ale prostřednictvím platebního agenta, tj. přes subjekt spravující clearingový systém případně mezi clearingový systém a emitenta vstupuje ještě jeden subjekt, a to banka. Tento agent vede clearingové účty, za pomoci kterých zprostředkovává platby mezi emitentem a investory. Clearingový správce má zcela běžně sídlo v jiném státě než emitent a investoři.

Postavení clearingového agenta je důležité v tom smyslu, že má na starosti splnění povinností emitenta a investorů. Pokud např. emitent zadá kupónovou platbu, tak ta bude připsána nejprve na účet clearingového agenta, který je pak povinen tuto platbu převést na vlastníky dluhopisů. Pokud však clearingový agent z jakéhokoli důvodu tuto platbu neprovede, tak ve vztahu emitenta s investorem bude odpovědný za nezaplacení kuponu emitent. Ten se pak může regresně hájit na clearingovém agentu. Clearingový agent však

investorům přímo za provedení těchto plateb běžně neodpovídá, vůči investorům vystupuje pouze jako zmocněnec emitenta a nepřebírá žádná rizika spojená s nakládáním s investičními nástroji. Vztah mezi clearingovým agentem a emitentem je obdobný vztahu mezi bankou a jejím klientem a plně se řídí smluvními ujednáními stran. Vzhledem k exkluzivitě služeb, které clearingový agent poskytuje, nelze očekávat, že by tyto smluvní podmínky byly k jednání.

Vztah mezi emitentem a clearingovým centrem je tedy vztahem obdobným vztahu klienta a banky, přičemž okamžikem připsání peněz emitenta na clearingový účet se clearingový agent stává nezajištěným dlužníkem emitenta. Pokud by se např. agent dostal do insolvence, tvořily by peníze na účtu jeho majetkovou podstatu a emitent by se musel přihlásit do insolvenčního řízení jako nezajištěný věřitel. Tato úprava se může samozřejmě lišit jurisdikce od jurisdikce. Např. v právních systémech common law existuje institut držby v tzv. „*on trust*“, kdy vlastnictví k penězům nepřechází bance, ale banka se stává jakýmsi správcem prostředků a nevlastní je. Takováto možnost byla potvrzena i v rozhodnutí *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd.* z roku 1968, vydané United Kingdom House of Lords.⁹³

V návaznosti na výše uvedené otázky přechodu majetku a vlastnictví k němu je pak nutné uvažovat i o otázkách aplikovatelného práva. V soukromých vztazích budou zajisté strany rozhodné právo sjednávat smluvně. Tak se vztahy související s obchodováním např. na New Yorské burze budou řídit právem státu New York. Pokud jde ale o imperativní normy nebo normy práva veřejného, tak je nutno uvažovat i veškeré ostatní jurisdikce, přes které majetek proudí. Praktický dopad takovýchto veřejnoprávních norem se může např. projevit při exekčním řízení, kdy se dlužník bude např. snažit

⁹³ Viz např. případ *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd.*, 1970, United Kingdom House of Lords, informace dostupné na internetu <<http://swarb.co.uk/barclays-bank-ltd-v-quistclose-investments-ltd-etc-hl-31-oct-1968/>>.

alokovat svůj majetek na území jiného státu, přičemž předmětem exekuce mohou být i účty u clearingového agenta. Dlužník pak bude muset přizpůsobit výběr burzy, případně smluvní podmínky tak, aby průtok jeho financí přes tyto účty nemohl být předmětem exekuce.

5.2 Akviziční struktury

5.2.1 Investice do podílů obchodních společností

Investoři vystupují ve formě společnosti, která poptává peníze na volném trhu, které následně spravuje v jednom nebo více fondech. Za správu těchto peněz dostává tento správce poplatek, jehož výše je předmětem diskuze, ale v případě, že se platí, tak by měla pokrýt alespoň administrativní náklady provozu fondů.

Správce těchto fondů může mít jakoukoliv vhodnou formu a se sídlem kdekoliv na světě. Nejčastější formou bude společnost s ručením omezeným (limited liability, private joint stock company) a umístění formálního sídla bude odpovídat místu, kde jsou přijímána rozhodnutí a kde sídlí management společnosti.

K mezinárodní struktuře fondů, které mohou být v private equity využity viz kapitola č. 7 této disertační práce. Roli při rozhodování a formě a jurisdikci bude hrát právní úprava zvažovaných států, existence smluv o dvojím zdanění a výše celkového zdanění při využití té které jurisdikce.

Vzhledem k tomu, že se tato disertační práce věnuje investicím v mezinárodním právu soukromém, nelze opomenout způsob investování, který je obecně nazýván cizím pojmem Private Equity.

Jde o investování do podílů obchodních společností, které nejsou kótovány na burze. Není rozhodující, z kterého konkrétního zdroje pochází finance vkládané do jednotlivých investic, zda jde o financování ze strany jednotlivců nebo ze strany institucionálních

investorů.⁹⁴ Kapitál může být poskytnut jediným investorem, případně investorů může být více (k základnímu nástinu struktur viz kapitola č. 5.2.2 této disertační práce).

Private equity je pro ekonomiku velmi přínosnou. Osoby podnikající v private equity jsou více zaměřeny na rychlejší zisk a jsou tedy ochotni podstoupit výrazně vyšší riziko, než banky nebo občané (např. nakupující vládní dluhopisy). Tak jsou ochotni zainvestovat do projektů, které by jinak nebyly způsobilé získat kapitál jiným způsobem a buď by se projekty vůbec neuskutečnily nebo by nedošlo k takovému rozvoji, ke kterému by mohlo dojít společně se získáním kapitálové injekce. Na trhu pak dochází k vytváření pracovních míst a příležitostí pro schopné a talentované jedince.

Vzhledem k rizikovosti projektů požadují investiční skupiny na českém trhu, ale i na trzích zahraničních výnosnost na 25 – 40% ročně.⁹⁵ Jde o průměrné hodnoty, kdy u investic do velkých stabilizovaných společností (např. v oblasti energetiky) jsou ochotny přijmout nižší stabilní zisk nebo jsou na druhé straně ochotny zainvestovat velmi rizikové projekty s návratností začínající na 100 % p.a.⁹⁶ Private Equity kapitál zejména pomáhá rozvíjet podniky tam, kde již ve svých základech existují, ale z různých důvodů je možnost

⁹⁴ Institucionálními investory jsou „osoby (vesměs právnické, tedy instituce), které se zabývají investiční činností, tj. ukládáním svých vlastních nebo jim svěřených peněžních prostředků do nejrozličnějších finančních instrumentů, zejména pak investičních nástrojů na kapitálovém trhu, jako svou hlavní činnost nebo jednou z hlavních činností. Termín institucionální investor bývá stavěn do opozice proti pojmu individuální investor [...] definice institucionálního investora zahrnuje: a) **banky** provádějící obchody na vlastní účet s investičními nástroji na kapitálovém trhu (tj. při nakládání se svěřenými vklady a dalšími peněžními zdroji a nikoli v pozici obstaravatele jednajícího na účet klienta), b) **investiční společnosti**, c) **investiční fondy**, d) **penzijní fondy**, e) **pojišťovny**, f) **zahraniční osoby** oprávněné podnikat na území České republiky ve stejných oborech jako ostatní výše zmínění institucionální investoři.“ viz BAKEŠ, M. a kol., *Finanční právo*, 5. vydání. C. H. Beck 2009, str. 457.

⁹⁵ Viz také YATES, G., HINCHLIFE, M., *A practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, str. 20.

⁹⁶ Takovou investicí by mohla být např. riziková investice do společnosti zaměřující se na těžbu zlata v rizikové oblasti Sierra Leone.

vylepšit jejich výkonnost tak, že budou na trhu mnohem úspěšnější. Takové mezery rozvoje lze vidět např. v nezkušenosti nebo naopak unavenosti managementu podniku, udržování některých ztrátových odnoží podniku. Podniku lze akvizicí a zařazením do skupiny investora dodat nové know how a pomoci se konsolidovat do rozsáhlejšího celku, a tak z makroekonomického hlediska zvyšovat svůj podíl na relevantním trhu a těžit navíc úspory z rozsahu.⁹⁷

Private Equity je typickým představitelem mezinárodního korporátního strukturování. Vzhledem k tomu, že investice sahají mnohdy za hranice jednoho státu, je i zcela legitimní, že se daňová optimalizace uskutečňuje zcela běžně.⁹⁸ Velmi často využívanými jsou jurisdikce Kypru,⁹⁹ Holandska,¹⁰⁰ Irska nebo ostrova Guernsey.¹⁰¹ Lze se však setkat i s pronárodním přístupem některých podnikatelů, kteří daňovou optimalizaci v mezinárodním kontextu neprovádí a vstřícně podporují rozpočet České republiky.¹⁰² Podnikatelů, kteří by tak činili dobrovolně, však není mnoho.

⁹⁷ Jednou z takových úspěšných investic je např. projekt prodeje Žabka investiční skupiny Penta.

⁹⁸ K daňovým únikům v souvislosti s mezinárodním daňovým plánováním viz kapitola č. 3.2 této disertační práce.

⁹⁹ Na Kypru je umístěná mateřská společnost investiční skupina J&T nebo investiční skupina Penta.

¹⁰⁰ V Holandsku operuje mateřská společnost investičního magnáta Zdeňka Bakaly, viz prohlášení na internetu < <http://www.bxrgroup.com/about-us.php>>: „*BXR Group, headquartered in Amsterdam, Netherlands, is an international private investment group with a 15 year track record of superior investment performance across a variety of industry sectors.*“.

¹⁰¹ Na ostrově Guernsey je umístěn holding PPF Partners nejbohatšího Čecha, Petra Kellnera, viz informace uvedené na internetu: <<http://www.ppfpartners.com/index.php?sec=600>>.

¹⁰² Takto podle svých veřejných prohlášení funguje vlastník Agrofertu Andrej Babiš. Podle účetní závěrky společnosti AGROFERT HOLDING, a.s., dostupné ve sbírce listin obchodního rejstříku, holding Agrofert nejenže svůj zisk v ČR v ČR také zdaní, ale dokonce drží i akcie zahraničních společností (Německo, Slovensko, USA, Maďarsko, Itálie) prostřednictvím české holdingové společnosti.

Existuje několik typů Private Equity,¹⁰³ a to Management Buyout („MBO“), Management Buyins, Leveraged Buyout, Institutional Buyouts, Venture Capital. Toto rozdělení má zejména ekonomický podtext, nicméně je podstatné pro pochopení právního systému, proto popis těchto pojmů ve stručnosti provádím níže.

Management Buyout

Jde o transakci, kde je společnost odkoupena jejím managementem (členy představenstva nebo jednatelem). Výhodou těchto transakcí je to, že zkušenosti managementu zůstávají ve společnosti. Investorům poskytujícím financování této transakce lze jednoznačně doporučit, aby si klíčové osoby alespoň smluvně zavázal k tomu, aby po určitou dobu klíčové osoby zůstaly ve společnosti. To lze samozřejmě doporučit nejen ve vztahu k členům statutárního orgánu (kteří buyoutem získávají pozici akcionáře/společníka), ale taky vůči některým osobám v exekutivě (např. výkonný ředitel, nákupčí, sales manažer).

Management Buyin

Jde o transakci, kde stávající management je nahrazen novým. Tento typ transakce s sebou na rozdíl od Management Buyout přináší dodatečné riziko, kterým je ztráta zkušeného týmu, který společnost doposud vedl. To může v reálu přinášet společnosti velké problémy, ne-li podstatné zhoršení jejího obchodního postavení na trhu. Je pak otázkou, zda jsou takové transakce vůbec uchopitelné.

Leveraged Buyout

Jde o označení odkupu podílu ve společnosti, kde je použita větší míra externího financování ze strany private equity fondů. Tyto fondy pak také zpravidla kontrolují většinový balík akcií cílové

¹⁰³ Viz YATES, G., HINCHLIFFE, M., *A Practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, str. 2 a násl.

společnosti a mají podstatný řídící vliv na management cílové společnosti. Tímto lze dosáhnout tzv. efektu páky, kdy bude dosaženo vyššího výnosu investice v případě, že cílová společnost bude mít pozitivní výsledky. Princip páky lze vnímat na pozici minoritního akcionáře, který tím, že odprodá část svých akcií Private Equity fondu může získat podíl ze zisku společnosti, který bude po zainvestování nového kapitálu větší, než by dostal, pokud by si původně ponechal veškeré akcie a vstup fondu by nedovolil. Private Equity fond úvěrovou páku samozřejmě také využívá, když až 80% peněz raisuje od dalších externích subjektů (zbylých 20 % dodají ze svého manažeri fondu, přičemž tyto peníze mohou mít zase odněkud půjčené).

Venture Capital

Pojem Venture Capital je označením Private Equity, popsané výše, nicméně označuje investice do společností, které jsou na trhu kratší dobu a představují tak pro investora vyšší riziko (ale také možnost vyššího zisku). Rozdíl od Private Equity je tedy spíše ekonomický a je znát spíše v běžné konverzaci, týkající se investic do společností.¹⁰⁴

5.2.2 Role jednotlivých společností v koncernu

Struktura korporátního uspořádání a geografické umístění sídla holdingové společnosti závisí na konkrétních charakteristikách podnikání, které skupina provozuje. Někdy podnikatelská skupina využívá najednou více jurisdikcí pro umístění holdingu, a to z důvodu využití co nejvíce výhod, které se nabízejí. Ke konkrétním výhodám některých geografických lokalit viz následující kapitola č. 7 této disertační práce.

¹⁰⁴ Na venture capital transakce se zaměřuje např. fond Credo Ventures, viz <<http://credoventures.com>> investující zejména do start-up projektů z oblasti informačních technologií.

Struktury bývají taktéž různé a jsou přizpůsobeny zejména různým požadavkům, a to zejména (i) daňovým výhodám a (ii) rozdělení kontrolních pravomocí mezi zúčastněné osoby dle jejich dohody, (iii) využití externího financování jako finanční páky a (iv) aplikace národních předpisů o zákazu finanční asistence (využití tzv. procedury whitewash)¹⁰⁵. I při poměrně malých transakcích (tj. v desítkách milionů Kč) se tak lze setkat s poměrně sofistikovanými korporátními strukturami pro koupi akcií. Korporátní struktura se může taktéž v průběhu času měnit.¹⁰⁶

Jednoduchý akviziční koncern

Standardní jednoduchou akviziční strukturou¹⁰⁷ je situace, které se účastní správci akvizice, kteří poptávají kapitál od jedné bankovní instituce a jednoho investora.

Za účelem akvizice je založen investorský fond, („**Investor**“) který shromažďuje kapitál, který bude následně využit pro získání podílu v cílové společnosti. Kromě Investora je založena a nová obchodní společnost („**NewCo**“), která bude jako SPV držet akcie v cílové společnosti. Podíly v NewCo budou rozděleny mezi správce akvizice a Investory. NewCo bude také společnost, která shromáždí peníze od investora a z bankovního financování (tak bude splněn požadavek banky, která nebude ochotna financovat projekt do jeho 100% výše). Podíly v NewCo jsou rozděleny podle dohody mezi investory a správcem akvizice.¹⁰⁸ NewCo bude vystupovat jako kupující.

¹⁰⁵ Whitewash procedura obchází zákaz finanční asistence tím, že úvěr pro zaplacení kupní ceny načerpá SPV, které po uzavření transakce s cílovou společností zřizuje,

¹⁰⁶ Viz např. několik poznámek k proceduře whitewash v kapitole č. 5.3 této disertační práce).

¹⁰⁷ Následující výklad byl částečně inspirován detailním popisem akvizičních struktur v publikaci YATES, G., HINCHLIFE, M., *A practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, str. 48 a násl.

¹⁰⁸ Předpokládá se, že správci akvizice budou vlastnit pouze malou část akcií.

Z hlediska mezinárodního strukturování je vhodné aby NewCo byla společností se sídlem na území stejného státu jako cílová společnost. Správci, Investoři i banky mohou být společnostmi zahraničními. Tady pak budou vznikat otázky mezinárodního práva soukromého. K rozboru smluvních vztahů, na které může dopadnout úprava více smluvních řádů, viz např. kapitola č. 5 této disertační práce.

Stranami této akviziční struktury jsou (i) banky, (ii) jednotliví investoři podílející se na riziku investice a (iii) manažeři investice.

Víceúrovňový akviziční koncern

Složitější akviziční struktury¹⁰⁹ mohou být využívány v případech, kdy je použita větší páka, více financujících subjektů, případně je kupováno více cílových společností najednou.

Tak například při využití více financujících subjektů lze využít řetězovitou strukturu více společností v roli NewCo, přičemž každé z ní budou poskytnuty úvěrové tranše různé seniority. K těmto úvěrovým tranším jsou již tradičně přiřazeny názvy, když Senior loan je nejprioritnější, ale s nejnižším úročením a tedy výnosností pro věřitele. Jinou tranší je nazývaná mezzanine tranše. Ta bývá úročená vyšší sazbou než seniorní tranše, ale při případném vymáhacím řízení stojí v pořadí za seniorní pohledávkou. S vyšší výnosností je tedy spojeno vyšší riziko pro věřitele. Nejrizikovější, ale také nejvíce výnosná tranše, je nazývaná tranší juniorní. Tranše juniorní je ve vymáhacím řízení z bankovních pohledávek uspokojena až jako poslední. Tím, že je použita tato kaskádovitá struktura, lze načerpat objemnější úvěr, strukturovat více zajištění a na druhou stranu také bance umožnit výběr z více či méně rizikových a výnosných tranší.

¹⁰⁹ Následující výklad byl částečně inspirován detailním popisem akvizičních struktur v publikaci YATES, G., HINCHLIFE, M., *A practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, str. 48 a násl.

5.2.3 Některé smlouvy související s akvizicemi

Z rozsáhlé smluvní dokumentace související s akvizicemi obchodních společností lze zmínit zejména níže uvedené smluvní vztahy.

Smlouva mezi investory a manažerskou společností

Tato smlouva bude pravděpodobně výrazně ovlivněna kolizními pravidly mezinárodního práva soukromého, když investor ani manažerská společnost nemají důvod mít sídlo vzájemně ve stejném státě, ani ve vztahu k cílové společnosti. Tato smlouva pravidelně obsahuje zejména následující právní úpravu:

- specifikaci služeb, ke kterým jsou manažeři povinni (tedy řádně spravovat předmětnou akvizici, dodržovat právní předpisy, udržovat v pořádku veškerou smluvní dokumentaci týkající se akvizice a cílové společnosti, dodržovat stanovené investiční směrnice, vykonávat práva statutárních orgánů a společníků cílové společnosti, sledovat finanční výkonnost akvizice a další);
- stanovení výše *management fee* (obvykle ve výši okolo 2 – 2,5% spravovaného kapitálu ročně) a dalších poplatků manažerům a úhrady jejich nákladů (veškeré rozumně vynaložené náklady spojené se založením manažerské společnosti a její správou, stejně tak i provozní náklady na správu akvizice, bývají manažerům proplaceny);
- možnost ukončení smlouvy (tato smlouva bývá uzavíraná na dobu neurčitou, případně do doby kdy je cílová společnost prodána dalším investorům) kdy důvody předčasného ukončení smlouvy bývají vázány

spíše na případ hrubého porušení smlouvy, insolvence manažerské společnosti a podvodu vůči investorům. Důležité pro investory je si smluvně zakotvit, že jakýkoliv člen manažerské společnosti může být na jejich odůvodněný návrh odvolán;

- další závazky stran, jejich prohlášení a ujištění,¹¹⁰ závazky odškodnění manažerů, určení rozhodného práva a fóra v případě sporu.

Smlouva mezi jednotlivými investory a investorskou společností

Jednotliví investoři mohou být osobami s různou státní příslušností. Vzhledem k překryvu mezinárodních právních řádů s investiční společností tu vzniká zjevný zahraniční prvek, který se promítne v úpravě smluvních vztahů mezi jednotlivými investory a investorskou společností. Tato smlouva bývá mnohdy investorům předložená bez možností její úpravy (a to zejména vzhledem k účelu zachování rovného přístupu ke všem zúčastněným jednotlivým investorům). Některé off-shore fondy práva investorů obsahují ve své společenské smlouvě, ke které investor přistoupí při převzetí jemu nově vydaných akcií. Smlouva mezi investiční společností (fondem) a jednotlivými investory, případně společenská smlouva, pravidelně obsahuje zejména následující právní úpravu:

- minimální výše vkladu investora do fondu (nižší investici může na *ad hoc* bázi povolit investiční

¹¹⁰ Manažer by hlavně neměl být v konfliktu zájmu a absenci konfliktu by měl prohlásit a dodržovat pod sankcí možného okamžitého ukončení jeho působení jako člena manažerského týmu investice.

manažér) a způsob jeho splacení (závazek splatit vklad na výzvu investičního manažéra);¹¹¹

- způsoby vynaložení investovaného kapitálu (včetně plateb uskutečněných na základě smlouvy mezi investiční společností a manažerskou společností), limity týkající se investiční obezřetnosti a možností investovat skrz různá nově založená SPV;
- způsoby (množství a priorita) distribuce potenciálního zisku investičního fondu, včetně případných pravidelných plnění (např. na bázi dividend vyplacených ze strany cílové společnosti);
- pravomoci investičního manažéra, které jsou sice také předmětem jiné smlouvy, nicméně je vhodné, aby s těmito právy a povinnostmi souhlasili jednotlivě i všichni investoři ve smlouvě s investiční společností;
- investiční směrnice, které budou muset být investiční společností dodržovány. Mohou se týkat například finančních limitů (podíl dluhu a ekvity cílové společnosti), způsobu průtoku kapitálu skrz různé společnosti, způsobu podnikání cílové společnosti nebo jiného vynakládání kapitálu od investorů shromážděného;
- limitaci odpovědnosti a závazek odškodnění týkající se členů orgánů investiční společnosti a společností ve stejném koncernu,¹¹² ta se uplatní, pouze pokud nedošlo

¹¹¹ Není vhodné, aby možnost vstupovat a vystupovat z fondu byla zcela volná. Ztěžovalo by to pak evaluace hodnoty fondu a jeho výnosnosti.

¹¹² Manažeři těchto investičních společností spravují vysoké množství finančních prostředků. Je možné, že při zmařené investici by se někteří z investorů domáhali vrácení svých prostředků, což by mohlo na doživotí vyřadit manažera z přímé participace na ekonomickém životě.

k trestnému činu konkrétní osoby spravující finanční prostředky. Smlouva bude také obsahovat limitaci odpovědnosti investorů;

- stanovení výše a druhu nákladů (zejména tzv. *operating expenses* a *management fee*), jejichž úhrada může být prováděna majetkovou podstatou finančních prostředků shromážděných od investorů;
- otázky vedení účetnictví, evidence majetku, zhodnocení investice, podávání reportu investorům ze strany investiční společnosti; a
- podmínky vystoupení investora z fondu, důvody celého ukončení fondu (např. nerealizovaná investice, zánik cílové společnosti) a v návaznosti na to úpravu výplaty podílu na investici končícího investora.

5.3 Whitewash

Poměrně častou strukturou při akvizici podniku je situace, kdy nabývaný podíl v cílové společnosti je financován externím kapitálem, přičemž se počítá s tím, že následné zatížení dluhem bude přeneseno na cílovou společnost a ta dluh následně splatí ze svého majetku (ať již optimalizačním prodejem některých svých aktiv nebo z budoucí pozitivní cash flow, případně kombinací obojího). Tento postup umožňuje tzv. whitewash procedura. Název whitewash je dobře známým zejména v zahraničí a pochází z common law jurisdikcí (v této souvislosti bývá zmiňován zejména anglický Companies Act a úprava finanční asistence v něm obsažená).¹¹³ Platné právo, obdobně jako právo anglické upravuje zákaz finanční asistence,¹¹⁴ přičemž finanční asistencí se podle práva České republiky má zálohu, půjčku,

¹¹³ K úpravě finanční asistence v anglickém právu viz např. DEFRIES, G., GUEGUEN, O., KARBACH, K., Liberating LBOs, 27 Int'l Fin. L. Rev. 42 (2008), p. 42 – 43.

¹¹⁴ Viz § 120a a § 161f ObchZ.

úvěr nebo jiné peněžité plnění nebo zajištění poskytnuté ze strany obchodní společnosti třetí osobě pro účely získání podílů v této společnosti.¹¹⁵

Finanční asistence je dovolena pouze při splnění velmi restriktivních podmínek, mezi kterými je např. i požadavek, že (i) „poskytnutí finanční asistence nezpůsobí snížení vlastního kapitálu pod základní kapitál zvýšený o fondy, které nelze podle zákona nebo stanov rozdělit mezi akcionáře, a snížený o výši dosud nesplaceného základního kapitálu,“¹¹⁶ nebo že (ii) „společnost vytvoří ve výši poskytnuté finanční asistence zvláštní rezervní fond“.¹¹⁷

Úprava finanční asistence v NOZ přejímá dosavadní právní úpravu podle ObchZ a nepřináší žádné podstatné změny.

Podmínky, které jsou stanoveny pro poskytnutí finanční asistence v ObchZ, jsou vnímány jako velmi restriktivní. V mnoha případech ani společnost nebude schopna tyto podmínky splnit. Navíc, před novelou ObchZ č. 215/2009 Sb. byla finanční asistence úplně zakázaná. Obchodněprávní praxe tak vyvinula způsob, který tento zákaz obcházel. Postup spočíval v následujících krocích:

- před akvizicí podniku byla založena SPV (special purpose vehicle) za účelem získání financování akvizice;
- SPV získala akcie cílové společnosti, a úvěr, který byl zároveň zajištěn zástavním právem ke koupeným akciím;

¹¹⁵ Viz § 120a odst. 1 ObchZ.

¹¹⁶ Viz §161 odst. 1 písm. f).

¹¹⁷ Viz §161 odst. 1 písm. g).

- po převodu vlastnictví akcií cílové společnosti na SPV je provedena fúze cílové společnosti s SPV, s SPV jako nástupnickou společností.

Úspěch postupu whitewash v českém právu byl způsoben zejména tím, že podle striktně slovního výkladu ObchZ společnost sama neposkytovala finanční asistenci, a tak nedocházelo k porušování ObchZ. I pokud by se snad měl soud přiklonit k opačnému názoru, tak se uplatní pravidlo, že „[p]o zápisu přeměny do obchodního rejstříku nelze tento zápis zrušit, nelze se dovolávat určení neplatnosti projektu přeměny nebo vyslovení neplatnosti usnesení valné hromady a projekt přeměny nemůže být změněn ani zrušen (§56 PřemZ).“¹¹⁸

¹¹⁸ Viz např. HOLEJŠOVSKÝ, J., *Valné hromady společností s ručením omezeným*, Praha, C. H. Beck, 2011, str. 41. Závěry uvedené v citaci z knihy týkající se společnosti s ručením omezeným se v plné míře uplatní také na akciovou společnost.

6. VNITROSTÁTNÍ ZDANĚNÍ V ČR

Nejvýznamnější zákony, které upravují daňovou soustavu České republiky, jsou následující kromě LZPS následující:

- zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů, ve znění pozdějších předpisů (v této disertační práci také jako „ZDP“);
- zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty, ve znění pozdějších předpisů (v této disertační práci také jako „ZDPH“);
- zákon č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních, ve znění pozdějších předpisů (v této disertační práci také jako „ZSD“);
- zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí, ve znění pozdějších předpisů (v této disertační práci také jako „ZDDPN“); a
- zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád, ve znění pozdějších předpisů (v této disertační práci také jako „**Daňový řád**“).¹¹⁹

Pro pochopení významu mezinárodní daňové optimalizace je vhodné nejprve uvést několik informací ohledně vnitrostátního systému zdanění příjmů v ČR a možností jejich optimálního nastavení. Možnosti, kterými lze upravit výši daňové zátěže podnikatele, jsou v ČR poměrně široké.

Základní rozdíl ve zdanění podnikatelů se týká odlišného zdanění právnických a fyzických osob.¹²⁰

¹¹⁹ Daňový řád nahradil s účinností od 1. ledna 2011 zákon č. 337/1992 Sb. o správě daní a poplatků, ve znění pozdějších předpisů.

6.1 Daňová a odvodová zátěž fyzických osob v ČR

Pouze na fyzické osoby se vztahuje povinnost platit sociální a zdravotní pojištění.

Sociální pojištění v sobě zahrnuje dvě pojištění, a to nemocenské pojištění a důchodové pojištění. Sociální pojištění je upraveno zákonem č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení (v této disertační práci označovaný jako „**ZPSZ**“).

Nemocenské pojištění „*slouží k finančnímu zabezpečení osob v případě vzniku sociální události, jako je např. nemoc, úraz, těhotenství nebo mateřství.*“¹²¹ Nemocenské pojištění je upraveno zákonem č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění (v této disertační práci označovaný jako „**ZNP**“). Nemocenské pojištění hradí podnikající fyzické osoby dobrovolně.

Důchodové pojištění je upraveno zákonem č. 155/1995 Sb., o důchodovém pojištění (v této disertační práci označovaný jako „**ZDůchP**“).

Zdravotní pojištění je pojištěním, z jehož odvodů je účastníkům systému hrazená zdravotní péče.¹²² Zdravotní pojištění je upraveno zákonem č. 48/1997 Sb. o veřejném zdravotním pojištění (v této disertační práci označovaný jako „**ZVZP**“).

Uvedené předpisy taktéž stanoví pravidla při určení vyměřovacího základu pro hrazení výše uvedených pojistných plnění. U zdravotního pojištění jsou sazby upraveny speciálním zákonem, a to

¹²⁰ Veškeré další propočty týkající se zdanění vychází z předpokladu dosažení hrubého ročního zisku ve výši 1 mil. Kč.

¹²¹ Viz. Tröster, P. a kol. *Právo sociálního zabezpečení*, 5. přepracované a aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 137.

¹²² Viz. Tröster, P. a kol. *Právo sociálního zabezpečení*, 5. přepracované a aktualizované vydání. Praha: C. H. Beck, 2010, s. 137.

zákonem č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění (v této disertační práci označovaný jako „ZPVZP“).

Se zdaněním fyzických osob souvisí skutečnost, že si každá taková osoba může uplatnit nárok na snížení daně z příjmů o částku 24.840,- Kč,¹²³ případně dále snížit daňový základ z důvodů stanovených v § 35 - § 35d ZDP.

Po započítání veškerých povinných odvodů a daní (bez zohlednění pojistných stropů) vychází celkové odvody, včetně daně z příjmů, fyzické osoby podnikatele přibližně na 32 % z čistého zisku.¹²⁴

6.2 Daňová a odvodová zátěž právnických osob v ČR

Na právnické osoby se nevztahuje povinnost platit sociální a zdravotní pojištění (to hradí pouze v souvislosti se zaměstnáváním fyzických osob).

Z příjmů platí právnické osoby daň, jejíž současná výše 19 % je stanovena v ZDP. Tato sazba patří ve srovnání s jinými členskými státy v EU spíše k nižším, navíc i v historii České republiky nebylo sazby nižší.¹²⁵

Právnická osoba z daňového hlediska rozšiřuje možnosti podnikatelů ve věci snižování daňové zátěže, přece jen, právnická osoba je samostatnou osobou a rozdělením činností mezi právnickou a fyzickou osobou lze dosáhnout zajímavých výsledků ve věci finální daňové a odvodové zátěže podnikatele.

¹²³ Viz § 35ba ZDP.

¹²⁴ Výpočet, který není uveden přímo v textu disertační práce počítá s odvody důchodového pojištění, zdravotního pojištění a daní z příjmů ve výši 15%.

¹²⁵ Na počátku 90. let dosáhla sazba daně z příjmů 45%, od té doby je sazba průběžně snižována.

Daňově poměrně nevýhodné je vyplácet si veškerý zisk vytvořený společností prostřednictvím zaměstnaneckého poměru. V takovém případě by se uplatnily veškeré povinné odvody na pojistná plnění týkající se zaměstnanců a efektivní sazba odvodů by dosahovala až velmi vysoké výše přibližně 52 % z čistého zisku společnosti. Tato výše pouze odráží situaci, kdy si společník odvádí veškerý zisk přes běžný zaměstnanecký poměr. Snížení odvodů lze docílit využitím dohoda o pracovní činnosti a dohoda o provedení práce, u kterých se až do výše příjmů 10.000,- Kč měsíčně neodvádí platby na sociální ani zdravotní pojištění.

Dále lze daňovou zátěž snižovat fakturací společníka přímo na společnost. Je však nutno upozornit na to, že fakturace společníka společnosti podléhá některým omezením. Společník nemůže fakturovat společnosti výkony, které tvoří předmět podnikání společnosti. Dalo by se uvažovat o způsobu, kdy se toto omezení rozmělní tím, že mezi cílovou společnost bude vložena ještě jedna, tedy by vznikla situace, kdy by společnost nefakturoval přímo společník, ale až společník tohoto společníka. I přesto by musely být splněny následující podmínky:

- společnost by měla mít alespoň jednoho zaměstnance vykonávajícího pracovní činnost, která se podílí na plnění fakturovaném společností externímu subjektu (aby společnost nebyla pouze průtoková schránka služeb fakticky poskytovaných společníkem);
- společník by měl k práci, kterou společností fakturuje, používat vlastní pracovní vybavení a prostředky, případně auto a kancelář (jinak v případě kontroly finančního úřadu hrozí přehodnocení na závislou činnost, doměření odvodů a pokuta); a

- společník by měl fakturovat i jiným společností, než pouze jedné (jinak hrozí přehodnocení na závislou činnost včetně doměření odvodů a pokuty).

V praxi se lze setkat také s takovým řešením, že společníci se nenechávají zapisovat do obchodního rejstříku, ale vlastní společnost na základě smlouvy o tichém společenství a smlouvy o opci, včetně vymezení kontrolních mechanismů vůči jednatele a formálnímu společníkovi společnosti. Finanční úřad pak takovou strukturu není schopen prohlédnout a existuje menší riziko doměření daně za výkon závislé činnosti pro společnost. Vzhledem k tomu, že takovýto postup znamená obcházení zákonů týkajících se daní, je nutno použití takového postupu striktně odmítnout.

S výše uvedenou fakturací společníků úzce souvisí zákaz výkonu závislé práce pro společnost na základě podnikatelského vztahu, obecně známý jako tzv. Švarc systém. Jeho úprava je uvedena v zákoně č. 262/2006 Sb., zákoník práce (v této disertační práci označovaný jako „ZP“), podle kterého musí být závislá práce vykonávaná v pracovněprávním vztahu. Pojem závislá práce znamená podle § 2 odst. 1 ZP *„práce, která je vykonávána ve vztahu nadřízenosti zaměstnavatele a podřízenosti zaměstnance, jménem zaměstnavatele, podle pokynů zaměstnavatele a zaměstnanec ji pro zaměstnavatele vykonává osobně.“*¹²⁶ Podle § 3 ZP *„Závislá práce může být vykonávána výlučně v základním pracovněprávním vztahu, není-li upravena zvláštními právními předpisy. Základními pracovněprávními vztahy podle tohoto zákona jsou pracovní poměr a právní vztahy založené dohodami o pracích konaných mimo pracovní poměr.“*¹²⁷

¹²⁶ Viz § 2 odst. 1 ZP.

¹²⁷ Viz § 3 ZP.

S přihlédnutím k výši zdanění závislé práce (viz 52 % z čistého zisku, uvedených výše), je zřejmé, že povinnost vykonávat práci pro společnost v pracovněprávním vztahu je v přímém rozporu se zájmem podnikatele maximalizovat zisk a minimalizovat daňové a odvodové povinnosti.

K problému Švarc systému nejsou vydána žádná oficiální stanoviska finančních úřadů, ani neexistuje relevantní judikatura. S přihlédnutím ke všem okolnostem, lze mít za to, že o zastřené pracovní vztah nepůjde v případě, že budou splněny následující podmínky:

- podnikatel používá vlastní kancelář a pracovní pomůcky (včetně tiskáren a počítačů, asistentských služeb), případně za jejich pronájem platí společnosti tržní nájemné, přičemž následná odměna podnikateli není nápadně zvýšena za účelem kompenzace těchto výdajů;
- podnikatel není omezen v možnosti výkonu stejných služeb i pro jiné společnosti;
- podnikatel je odměňován výkonově, každá objednávka je sjednána dle svobodné vůle stran; a
- podnikatel nemá nárok na dovolenou, přestávky na odpočinek, nemusí docházet do práce v určitý čas a trávit tam 8,5 hod a nemá omezenou odpovědnost.

Pokud bychom uvažovali nejjednodušší způsob podnikání prostřednictvím právnické osoby a následné vyvedení zisku prostřednictvím dividendy společníkovi, dostaneme se na sazbu zdanění ve výši 34 % (tj. součet daně z příjmů právnické osoby ve výši 19 % a srážkovou daní z dividend ve výši 15 % se zohledněním skutečnosti, že z příjmů z dividend se neodvádí nemocenské, důchodové ani zdravotní pojištění). Pro zajímavost lze uvést,

že oproti ČR se např. na Slovensku hradí daň z dividend ve výši 0 %. Z tohoto hlediska je např. pro českého podnikatele i Slovensko „daňovým rájem“.

Srážková daň na výplatu dividend se nemusí uplatnit v případech, kdy je vyplácená společníkovi rezidentovi jiného státu, a to buď na základě evropských směrnic promítnutých do ZDP (tj. v případě výplaty do jiných členských států, jako např. na Kypr) nebo pokud by taková výluka byla upravena mezinárodní smlouvou o zamezení dvojího zdanění.

V souvislosti s výše uvedeným lze také uvažovat o kombinaci výplaty dividend a fakturaci společníka. Oproti podnikání fyzické osoby přináší právnická osoba možnost omezení odpovědnosti vůči třetím osobám (u s.r.o fakticky majetkem, který společnost má, tedy v době založení minimálně částkou 200.000,- Kč, jakožto částkou základního kapitálu). Oproti vyplacení veškerých zisků z s.r.o. prostřednictvím zaměstnaneckého poměru dochází k výraznému snížení daňové zátěže. Na druhou stranu však tím, že dojde k nižším odvodům důchodového pojištění, případný starobní důchod fyzické osoby bude taktéž mizivý. Na to je vhodné při plánování daňové zátěže taktéž pamatovat.

Pokud bychom tedy uvažovali způsob podnikání prostřednictvím právnické osoby a následné vyvedení zisku prostřednictvím zaměstnaneckého poměru a dividendy společníkovi, dostaneme se na sazbu zdanění ve výši přibližně 32 % (závisí samozřejmě na výši čistého zisku a poměru peněz placených na základě pracovního poměru a následně prostřednictvím dividend). Výše měsíční mzdy by měla být stanovena alespoň v takové výši, aby bylo možné využít odpočet daně dle ZDP ve výši 24.840 Kč, mzda by tak měla činit alespoň přibližně 10.500,- Kč.

Tato daňová zátěž ve výši 32 % se dá dále snižovat fakturací společníka, nicméně odvodová zátěž se sníží, pokud příjmy z fakturované činnosti nebudou předmětem odvodů pojistného. Potom lze takovou fakturací zvýšit daňově uznatelné náklady společnosti a potenciální zisk zdanit na úrovni společníka sazbou 15 %. Navíc, daňový základ fyzické osoby se sníží o daňově uznatelné náklady (případně paušál), tedy dojde ke snížení daňového základu oproti tomu, který by byl pouze při využití právnické osoby. Výsledná sazba se pak bude dle okolností případu pohybovat mezi 15 % až 32 %. Jako příklad takto výhodné fakturace lze uvést pronájem majetku. Vzhledem k tomu, že tyto transakce mohou být uskutečňovány mezi propojenými osobami, bude nutno, aby ceny plnění ze strany společnosti byly stanoveny v tržní výši, a pokud to vyžaduje § 196a ObchZ, bude nutné vyhotovit znalecký posudek stanovící cenu obvyklou.

6.3 Transfer Pricing

S ohledem na daňovou optimalizaci je nutné také vzít v potaz možnost fakturace plnění mezi jednotlivými společnostmi v koncernu. Taková fakturace však musí splňovat regulatorní podmínky, a to alespoň co do výše ceny placené za tato plnění. Výše plnění musí odpovídat ceně obvyklé. Podle § 23 odst. 7 ZDP *„liší-li se ceny sjednané mezi spojenými osobami od cen, které by byly sjednány mezi nezávislými osobami v běžných obchodních vztazích za stejných nebo obdobných podmínek, a není-li tento rozdíl uspokojivě doložen, upraví správce daně základ daně poplatníka o zjištěný rozdíl; nelze-li určit cenu, která by byla sjednávána mezi nezávislými osobami v běžných obchodních vztazích za stejných nebo obdobných podmínek, použije se cena zjištěná podle speciálního právního předpisu“*,¹²⁸ kterým se zde má na mysli zákon č. 151/1997 Sb., o oceňování majetku.

¹²⁸ Jediná výjimka z tohoto pravidla je stanovena pro případ, že si strany sjednají nižší úrok u půjčky, než jaký by byl tržní, viz § 23 odst. 7 ZDP.

Stanovení výše přiměřené ceny se věnuje celá komplexní právně-daňová disciplína, která získala označení *transfer pricing*, případně česky úprava převodních cen. V ČR, ale i v jiných státech se přiměřené ceny stanovují na základě pokynů finančních úřadů, zákon postupy stanovení přiměřené ceny nestanoví. V ČR se uplatní následující pokyny:

- Pokyn D - 332: Sdělení Ministerstva financí k uplatňování mezinárodních standardů při zdaňování transakcí mezi sdruženými podniky – převodní ceny;¹²⁹
- Pokyn D – 333: Sdělení Ministerstva financí k závaznému posouzení způsobu, jakým byla vytvořena cena sjednáváná mezi spojenými osobami;¹³⁰ a
- Pokyn D – 334: Sdělení Ministerstva financí k rozsahu dokumentace způsobu tvorby cen mezi spojenými osobami.¹³¹

Tyto pokyny D se uplatní pro převody mezi propojenými osobami, přičemž kvalifikačním kritériem je vlastnictví alespoň 25 % základního kapitálu. Nemusí jít o přímé vlastnictví tohoto podílu, ale i faktického vlastnictví, např. na základě smlouvy o tichém společenství.

Pokyn D - 332 stanoví několik možných způsobů., kterými lze určit přiměřenost ceny. Tyto způsoby jsou následující: (i) metoda nezávislé srovnatelné ceny (*comparable uncontrolled price method*), (ii) metoda ceny při opětovném prodeji (*resale price method*), (iii) metoda nákladů a přírážky, (iv) metoda rozdělení zisku (*profit split*

¹²⁹ Dostupný na internetu
<<http://www.sagit.cz/pages/sbirkatxt.asp?zdroj=fz10023&cd=3&typ=r>>.

¹³⁰ Dostupný na internetu <http://www.financnisprava.cz/assets/cs/prilohy/ms-prime-dane/Pokyn_D-333.pdf>.

¹³¹ Dostupný na internetu
<<http://www.sagit.cz/pages/sbirkatxt.asp?zdroj=fz10025&cd=76&typ=r>>.

method) a (v) transakční metoda čistého rozpětí (*transaction net margin method*).¹³² Podle výslovné úpravy pokynu D – 322 nelze předem říci, jaká metoda bude pro který vztah přednostně použitelná. „Výběr příslušné metody opět závisí na provedené analýze, avšak nelze striktně určit, kdy se která metoda použije. Vhodnost použití jednotlivých metod je tedy nutné posoudit zejména s ohledem na funkční a rizikový profil podniku. Od toho se následně odvíjí získávání informací o srovnatelných transakcích a nutnosti jejich úprav pro účely zjištění správné převodní ceny. S ohledem na vývoj od roku 1995 a na základě zkušeností užívání transakčních ziskových metod OECD navrhuje, aby byl u každého případu výběr TP metody posuzován z hlediska „nejvhodnější metody dle okolností případu“.“¹³³

¹³² Viz čl. 3.1.1 – 3.2.2 Pokynu D – 332.

¹³³ Viz Pokyn D – 332.

7. ZDANĚNÍ MEZINÁRODNÍCH KONCERNŮ

V kapitole č. 6 této disertační práce, týkající se vnitrostátního zdanění byly vysvětleny základy úpravy zdanění v ČR a také přibližné výše odvodové a daňové zátěže pro fyzické a právnické osoby. Pokud do podnikání zapojíme osoby ze zahraničí, lze pro daňové plánování využít více možností jak daňový základ snížit. Základem takových úvah jsou pak směrnice zamezující dvojímu zdanění v rámci EU, případně mezinárodní smlouvy se státy mimo EU.

7.1 Zamezení dvojího zdanění

Právní předpisy zamezující dvojímu zdanění v rámci EU i mimo ní sledují zamezení situace, kdy za stejné plnění bude zisk zdaněn ve dvou zemích, tak např. bez existence těchto předpisů by v případě platby dividend z ČR na Kypr byla nejdříve zdaněna v ČR srážkovou daní ve výši 15 % a následně pak i daní z dividend na Kypru. Daňová zátěž by se tak zdvojnásobila. Takový stav by měl nepochybně za následek omezení mezinárodního obchodu, a zajisté není žádáný.

Dohody o dvojím zdanění jsou vždy dvoustranné, neexistuje žádná hromadná smlouva o zamezení dvojího zdanění mezi více státy. Tyto dvoustranné dohody jsou si navzájem velmi podobné, a to proto, že jsou připravovány podle vzorových smluv, a to buď podle vzoru vytvořeného OSN, nebo podle vzoru vytvořeného OECD. ČR je stranou 81 takových bilaterálních dohod, jejich seznam je možné získat na webových stránkách Ministerstva vnitra.¹³⁴

Správným nastavením finančních toků mezi společnostmi v rámci koncernu lze docílit výrazných daňových úspor. Ušetřené finanční prostředky je pak možné použít dále při podnikání, a tak

¹³⁴ Viz <http://www.mfcr.cz/cs/legislativa/dvoji-zdaneni/prehled-platnych-smluv/2013/prehled-platnych-smluv-ceske-republiky-o-10203>.

daňová optimalizace může pomoci rozvoji podnikání, zvýšení zaměstnanosti, investicím do modernizace. Ve své podstatě může správně nastavená daňová optimalizace vést k vyšší platební schopnosti podnikatelů, snížení jejich insolvencí, a v konečném důsledku k posílení konkurenceschopnosti celého regionu.

Na druhou stranu odpůrci daňové optimalizace mohou poukazovat na to, že je nutné odvádět státu platby, ze kterých pak funguje celá společnost. V tomto ohledu dochází ke střetu dvou možných přístupů, a je nutné nalézt mezi nimi správný kompromis v rámci legálních postupů a svědomí toho kterého podnikatele.

Osobně se obávám, že i přes restriktivní omezení uplatňovaná proti offshore jurisdikcím (např. restriktivní sazba srážkové daně ve výši 35 % na platby za služby poskytnuté společnostmi z daňových rájů, se kterými nemá ČR podepsanou úmluvu o zamezení dvojího zdanění) budou i nadále případy zneužívání offshore jurisdikcí na vzestupu. Situace ani nenahrává bouřlivá situace na poli české politiky, kdy namísto přiměřené daňové zátěže lze od současných politiků očekávat zvýšení zdanění bohatých. Tomuto vyššímu zdanění je samozřejmě možné se vyhnout daňovou optimalizací. Jakkoli to může být z čistě teoretického pohledu nezákonné, z čistě praktického pohledu se tomu tak děje dnes, a bude to pokračovat i nadále.

Možnost daňové optimalizace pramení z jednoduché skutečnosti, a to že daňová zátěž nebyla harmonizována, a to ani mezi členskými státy EU. Z tohoto důvodu existuje mezi státy soutěž o přilákání podnikatelů na co nejpříznivější mix daňových a podnikatelských zákonů.

Základním rozdílem pro výběr státu pro daňovou optimalizaci je otázka, zda takový stát je členským státem EU nebo nikoliv. V rámci EU je situace upravena směrnicemi, které si členské státy

jsou povinny implementovat do národních právních řádů. Jde konkrétně o následující směrnice:

- směrnice Rady 90/435/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států;
- směrnice Rady 90/434/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převodech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států; a
- směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států.

V případě, že dojde k překryvu úpravy dle zmíněných směrnic a některou starší bilaterální smlouvou s jiným členským státem EU, je nutné použít právní úpravu EU. Starší bilaterální smlouvy o zamezení dvojího zdanění s členskými státy EU jsou tedy, v rozsahu překrývající se úpravy s právem EU, obsoletní.

Výše uvedené směrnice upravují zejména situaci, kdy jsou transfery dividend, plateb úroků a plateb za licenční poplatky za stanovených podmínek osvobozeny od srážkových daní.

7.2 Způsoby převodů zisků do zahraničí

Už vzhledem k názvu evropských směrnic (zejména směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států) je zřejmé, že základními kameny mezinárodní daňové optimalizace budou převody majetku z titulu plateb dividend, úrokových plateb a plateb licenčních poplatků.

Tyto platby nesmí být stanoveny ve vyšší hodnotě než je jejich tržní hodnota, v tomto ohledu platí vše, co bylo řečeno v kapitole č. 6.3 této disertační práce ohledně transfer pricingu. Obdobná úprava, jako v Pokynech D se uplatní i ve většině dalších civilizovaných států.

Úroky

Úroky představují vhodnou platformu pro převádění kapitálu české dceřiné společnosti do zahraniční mateřské společnosti. Úrok by neměl být stanoven ve výši přesahující běžně dosažitelnou na trhu. Takovou může být např. 10 % – 12 % p.a. V závislosti na výši poskytnuté jistiny pak tato částka bude odvedena do mateřské společnosti. Pokud mateřská společnost bude sídlit v členském státu EU¹³⁵ nebo ve státě, s nímž má ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, pak takovýto odvod nebude podléhat srážkové dani na území ČR. Mateřská společnost si již příjem z úroků zdaní sazbou, která se na ní vztahuje (ta bude při správném umístění sídla mateřské společnosti nižší než sazba, která by se použila na zisk společnosti v ČR, pokud by tento zisk nebyl transferován pomocí úroků pryč z ČR).

Právě z jednoduchosti výše uvedené konstrukce je zcela běžné, že veškeré financování podnikatelských aktivit na území ČR je prováděno z Irska, Holandska nebo Kypru. Do těchto zemí se následně splácují vnitroskupinové úvěry, což následně zvyšuje ziskovost celého podnikatelského koncernu.

¹³⁵ Viz např. úprava ve směrnici Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států, podle které jsou úroky „osvobozeny od veškerých daní, které na ně jsou formou srážky u zdroje či na základě daňového výměru v daném státě uloženy, pokud skutečný vlastník úroků [...] je společností jiného členského státu nebo v jiném členském státě umístěnou stálou provozovnou společnosti členského státu.“ a tomu odpovídají úprava v ustanovení § 19 odst. 1 písm. zk) ZDP: „od daně jsou osvobozeny [...] úroky z úvěrů, půjček, dluhopisů, vkladních listů, vkladových certifikátů a vkladů jim na roveň postavených a ze směnek, jejichž vydáním získává směnečný dlužník peněžní prostředky, a obdobných právních vztahů vzniklých v zahraničí (dále jen „úvěry a půjčky“) plynoucí společnosti, která je daňovým rezidentem jiného členského státu Evropské unie, od obchodní společnosti nebo družstva, je-li poplatníkem se sídlem v České republice, nebo od stálé provozovny společnosti, která je daňovým rezidentem jiného členského státu Evropské unie na území České republiky.“

Pro zajímavost, tabulka níže uvádí výši srážkové daně týkající se platby úroků z ČR do některých jurisdikcí v EU a mimo ní:

Stát příjemce	srážková daň plateb úroků
Kypr	0 %
Hong Kong	5 %
Irsko	0 %
Lucembursko	0 %
Malta	0 %
Nizozemí	0 %
Singapur	0 %
Švýcarsko	0 %
USA	0 %

Tabulka č. 1 – porovnání výše srážkové daně úrokových plateb odváděných z ČR do zahraničí, zdroj: <https://www.dits.deloitte.com/>.

V případě, že stát, ve kterém sídlí příjemce plateb úroků není členským státem EU ani nemá s ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, podléhá přeshraniční platba úroků spojeným osobám srážkové dani ve výši 15 %. Platba úroků osobám, které nejsou spojenými, podléhá srážkové dani ve výši 15 % vždy, výše uvedené informace se vztahují pouze na převody v rámci koncernu.

Dividendy

Definici dividend nalezneme v českém právním řádu v § 8 odst. 1 písm. a) ZDP, podle kterého jsou příjmem z podílů na čistém zisku mj. „*podíly na zisku (dividendy) z majetkového podílu na akciové společnosti, na společnosti s ručením omezeným a komanditní*

*společnosti, podíly na zisku z členství v družstvu a dále úroky a jiné výnosy z držby cenných papírů“.*¹³⁶

Dividendy představují další velmi často užívanou platformu pro převádění kapitálu české dceřiné společnosti do zahraniční mateřské společnosti. Pokud mateřská společnost bude sídlit v členském státu EU nebo ve státě, s nímž má ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, pak takovýto odvod dividend nebude podléhat srážkové dani na území ČR.¹³⁷ Mateřská společnost si již příjem z dividend zdaní sazbou, která se na ní vztahuje (ta bude při správném umístění sídla mateřské společnosti nižší než sazba, která by se použila na zisk společníka v ČR, pokud by dividenda byla poskytnuta daňovému rezidentovi ČR).

Právě z jednoduchosti výše uvedené konstrukce je zcela běžné, že kromě již výše popsaných transferů kapitálu pomocí úroků, dochází navíc k vytahování čistého zisku i prostřednictvím dividend. Samozřejmě dividendy mohou být hrazeny do jiných jurisdikcí než úroky (v případě více společníků). Tyto převody dividend dodatečně optimalizují a zefektivňují ziskovost podnikatelského koncernu a jeho konkurenceschopnost.

¹³⁶ Viz § 8 odst. 1 písm. a) ZDP.

¹³⁷ Podle § 19 odst. 1 písm. ze) ZDP jsou *“od daně jsou osvobozeny [...] příjmy z [...] dividend [...], vyplácené dceřinou společností [...] mateřské společnosti”*, přičemž mateřskou společností je společnost vlastníci alespoň 10 % podílu v této společnosti.

Tabulka níže uvádí výši srážkové daně týkající se plateb dividend z ČR do některých jurisdikcí v EU a mimo ní:

Stát příjemce	srážková daň plateb dividend
Kypr	0 %
Hong Kong	5 %
Irsko	0 %
Lucembursko	0 %
Malta	0 %
Nizozemí	0 %
Singapur	5 %
Švýcarsko	0 %
USA	5 %

Tabulka č. 2 – porovnání výše srážkové daně plateb dividend odváděných z ČR do zahraničí, zdroj:

<https://www.dits.deloitte.com/>.

V případě, že stát, ve kterém sídlí příjemce plateb dividend není členským státem EU ani nemá s ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, podléhá přeshraniční platba dividend spojeným osobám srážkové dani ve výši 15 %. Platba dividend osobám, jejichž účast na základním kapitálu nedosahuje výše stanovené směrnicemi EU (tj. 10 %) nebo mezinárodními smlouvami (běžně až 25 %), podléhá srážkové dani ve výši 15 % vždy, výše uvedené informace se vztahují pouze na převody ve prospěch společníků, jejichž účast na společnosti přesahuje stanovenou hranici.

Licenční platby

Licenční platby¹³⁸ jsou třetí z nejzásadnějších způsobů převádění kapitálu české dceřiné společnosti do zahraniční mateřské

¹³⁸ Podle §19 odst. 7 ZDP se „[l]icenčním poplatkem [...] rozumí platba jakéhokoliv druhu, která představuje náhradu za užití nebo za poskytnutí práva na užití autorského

společnosti. Platby za licence by neměly být stanoveny ve výši přesahující tržní cenu. Takovou cenu je vhodné určit znaleckým posudkem. V závislosti na množství licencí pak budou licenční poplatky odvedeny do mateřské společnosti. Pokud mateřská společnost bude sídlit v členském státu EU nebo ve státě, s nímž má ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, pak licenční platby nebudou podléhat srážkové dani na území ČR.¹³⁹ Mateřská společnost si již příjem z licenčních plateb zdaní sazbou, která se na ní vztahuje (ta bude při správném umístění sídla mateřské společnosti nižší než sazba, která by se použila na zisk společnosti v ČR, pokud by tento zisk nebyl transferován pomocí licenčních plateb do zahraničí).

Jde opět o velmi jednoduše využitelný mechanismus a z důvodu této jednoduchosti je zcela běžné, že veškerá práva duševního vlastnictví je koncentrováno do zahraniční společnosti (autorství právnické osoby umožňuje např. legislativa USA). Do těchto zemí se následně splácejí vnitroskupinové licenční poplatky,

nebo jiného obdobného práva k dílu literárnímu, uměleckému nebo vědeckému, včetně filmu a filmových děl, počítačového programu (software), dále práva na patent, ochrannou známku, průmyslový vzor, návrh nebo model, plán, tajný vzorec nebo výrobní postup, nebo za výrobně technické a obchodní poznatky (know-how). Licenčním poplatkem se rozumí také příjem za pronájem nebo za jakékoliv jiné využití průmyslového, obchodního nebo vědeckého zařízení.“ Takřka obdobná definice je obsažena v čl. 2 písm. b) Směrnice 2003/49/ES, podle které se pojmem licenční poplatky „rozumějí platby jakéhokoliv druhu obdržené jako náhrada za užití nebo za právo na užití jakéhokoliv autorského práva k dílu literárnímu, uměleckému nebo vědeckému, včetně kinematografických filmů a počítačových programů, jakéhokoliv patentu, ochranné známky, vzoru nebo modelu, plánu, tajného vzorce nebo výrobního postupu nebo za informace, které se vztahují na zkušenosti nabyté v oblasti průmyslové, obchodní nebo vědecké. Za licenční poplatky se považují platby za užití nebo za právo na užití průmyslového, obchodního nebo vědeckého zařízení.“

¹³⁹ Podle § 19 odst. 1 písm. z) ZDP „[o]d daně jsou osvobozeny [...] licenční poplatky plynoucí společnosti, která je daňovým rezidentem jiného členského státu Evropské unie, od obchodní společnosti nebo družstva, je-li poplatníkem [se sídlem v České republice] nebo od stálé provozovny společnosti, která je daňovým rezidentem jiného členského státu Evropské unie na území České republiky.“ Obdobně směrnice 2003/49/ES stanoví, že „[...] licenční poplatky mající zdroj v členském státě [...] osvobozeny od veškerých daní, které na ně jsou formou srážky u zdroje či na základě daňového výměru v daném státě uloženy, pokud skutečný vlastník [...] licenčních poplatků je společností jiného členského státu nebo v jiném členském státě umístěnou stálou provozovnou společnosti členského státu.“

což následně optimalizací daňové zátěže zvyšuje ziskovost celého podnikatelského koncernu.

Tabulka níže uvádí výši srážkové daně týkající se plateb licenčních poplatků z ČR do některých jurisdikcí v EU a mimo ní:

Stát příjemce	srážková daň plateb licencí
Kypr	0 %
Hong Kong	5 %
Irsko	0 %
Lucembursko	0 %
Malta	0 %
Nizozemí	0 %
Singapur	10 %
Švýcarsko	0 %
USA	0/10 % ¹⁴⁰

Tabulka č. 3 – porovnání výše srážkové daně licenčních plateb odváděných z ČR do zahraničí, zdroj: <https://www.dits.deloitte.com/>.

V případě, že stát, ve kterém sídlí příjemce plateb licenčních plateb, není členským státem EU ani nemá s ČR uzavřenou dohodu o zamezení dvojího zdanění, podléhá přeshraniční platba licenčních plateb spojeným osobám srážkové dani ve výši 15 %. Platba licenčních plateb osobám, které nejsou spojenými, podléhá srážkové dani ve výši 15 % vždy, výše uvedené informace se vztahují pouze na převody v rámci koncernu.

¹⁴⁰ 0 % se týká autorských děl, 10 % zbylých práv duševního vlastnictví. Viz <https://www.dits.deloitte.com/>.

Služby

Kromě výše uvedených způsobů vyvádění zisků ze společností ve formě dividend, úroků a licenčních plateb, lze také uvažovat o fakturaci za služby. Touto fakturací lze optimalizovat jednotlivé činnosti do specializovaných společností v rámci koncernu. Pokud budou jednotlivé služby vykonávat specializované společnosti, lze předpokládat, že tyto služby budou poskytovat efektivněji. Tak např. na specializované společnosti mohou být vyčleněny veškeré nákupy majetku pro celou skupinu, kdy taková nákupní společnost dosáhne vzhledem k množství lepších cen. Dále může být např. vyčleněna správa vozového parku, právní a účetní služby, logistika a doprava a management lidských zdrojů. Specializace do jednotlivých společností by pak měla být pro celý koncern výhodnější. Smlouvy, na základě kterých se takové služby poskytují, se obvykle nazývají pojmem *Service Level Agreements*.

Společnosti, které budou těchto služeb využívat budou platit za služby tržní ceny (viz nástin úpravy *transfer pricing* v kapitole č. 6.3 této disertační práce výše), čímž si sníží daňový základ a odvedou část zisku jiné společnosti. Pokud tato jiná společnost sídlí v jiném státě s výhodnějším zdaněním než je v ČR, pak by bylo možné také uvažovat o snížení celkových nákladů na daně a dalších odvodů státu.

V souvislosti s poskytováním služeb zahraniční společnosti v ČR je nutné vždy provést analýzu místa výkonu podnikatelské činnosti této zahraniční společnosti. Podle § 21 odst. 4 ObchZ totiž jsou zahraniční osoby oprávněny, pouze pokud tyto osoby mají na území ČR zapsanou alespoň organizační složku podniku.¹⁴¹ Definice podnikání je „soustavná činnost prováděná samostatně

¹⁴¹ Podle § 21 odst. 4 ObchZ „Oprávnění zahraniční osoby podnikat na území České republiky vzniká ke dni zápisu této osoby, popřípadě organizační složky jejího podniku, v rozsahu předmětu podnikání zapsaném do obchodního rejstříku. Návrh na zápis podává zahraniční osoba.“

*podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku.*¹⁴² Pokud by činnost, na základě které by docházelo k fakturaci, byla kvalifikovaná jako činnost na území ČR, musel by být zisk z této činnosti také zdaněn v ČR. Podle § 17 odst. 4 totiž „[p]loutníci, kteří nemají na území České republiky své sídlo, mají daňovou povinnost, která se vztahuje pouze na příjmy ze zdrojů na území České republiky.“

Výběr této daně z činnosti ze zdrojů v ČR je zajištěn tím, že platby za takové služby jsou zatíženy srážkovou daní ve výši 15 %, tato sazba platí pro platby na území EU.¹⁴³

Pokud příjemce plateb sídlí mimo EU a nemá s ČR ani uzavřenou mezinárodní smlouvu o zamezení dvojího zdanění, která by takové platby upravovala, pak je sazba srážkové daně stanovena na 35 %. Tento přístup znamená ze strany ČR rázný boj proti zneužívání daňových rájů alespoň co do možnosti nadměrné fakturace služeb zahraničními společnostmi. Samozřejmě toto omezení lze obejít tak, že se služby vyfakturují na členský stát EU, který má s daňovým rájem uzavřenou smlouvu o zamezení dvojího zdanění, ze kterého se následně služby přefakturují do daňového ráje. To by např. mohlo fungovat při využití konstrukce Kypr – ČR – Sejšely. Pokud bude odvedena pouze srážková daň ve výši 15 % na území ČR, tak je to stále nižší sazba než pokud by zisk z těchto služeb byl ponechán na území ČR a zdaněn zdejší sazbou daně ze zisku pro právnické osoby ve výši 19 %.

7.3 Výběr vhodné jurisdikce

Jak bylo nastíněno výše, správným umístěním sídel holdingových společností nadnárodně působícího koncernu lze dosáhnout daňových úspor ve výši dosahujících až přibližně 20 %

¹⁴² Viz § 2 odst. 1 ObchZ.

¹⁴³ Viz § 36 odst. 1 ZDP.

z čistého zisku oproti stavu, kdy by veškerý zisk byl zdaněn na území ČR. Pro určení nejvhodnějších lokalit je nutno předem si rozmyslet finanční toky, které budou mezi společnostmi probíhat. Výše byly naznačeny transfery dividend, úroků, licenčních poplatků a plateb za služby (využití služeb poskytovaných na území ČR je až druhořadé, když se za ně odvádí na území ČR srážková daň ve výši 15 %).

Na základě výše uvedených přehledů lze shrnout, že nulovou srážkovou daň u všech tří plateb – úroků, licenčních poplatků a dividend uplatňuje ČR v rámci koncernu vůči všem členským státům v EU a dále vůči např. Švýcarsku. „Daňové ráje“ nevychází z tohoto přehledu příliš pozitivně, např. Hong Kong stanoví 5 % srážkovou daň u dividend, úroků i licenčních plateb. Dokonce 10 % srážková daň je stanovena na výplatu dividend na Singapur. Ideální není ani výplata dividend do USA, kdy se uplatní srážková daň ve výši 5 %.

Z výše uvedeného tedy vychází, že nejvhodnější je převod zisku do jiného státu EU nebo Švýcarska. Tyto státy mají však poměrně vysokou sazbu daně z příjmů, a tak nakonec bychom k velké daňové úlevě nepřišli.

Stát	efektivní¹⁴⁴ sazba daně z příjmu PO
Kypr	10 %
Hong Kong	16,5 %
Irsko	12,5 %
Lucembursko	29 %
Malta	35 %
Nizozemí	25 %
Singapur	17 %
Švýcarsko	8 %

¹⁴⁴ Tzn. zahrnující veškeré související náklady a poplatky, tj. např. odvody místních poplatků, do fondů zaměstnanosti. Nezahrnuje náklady na provoz společnosti v dané jurisdikci.

Stát	efektivní¹⁴⁴ sazba daně z příjmu PO
USA	39,5 %

Tabulka č. 4 – porovnání výše daně z příjmů právnických osob ve vybraných státech, zdroj: <https://www.dits.deloitte.com/>.

Z výše uvedeného přehledu je zřejmé, že nejnižší zdanění přináší Kypr a Švýcarsko. S touto informací však je možné pracovat ještě dál, a to stanovit si další možnost pro vyvedení kapitálu mimo EU do skutečného daňového ráje s co nejnižšími náklady.

Ve vztahu ke Švýcarsku se nulová sazba srážkové daně na úroky, licenční platby a dividendy uplatní např. vůči Faerským ostrovům a Venezuele, tyto jurisdikce mají ale poměrně vysoké sazby místní daně z příjmů právnických osob (Faerské ostrovy 18 % a Venezuela 15 %). Proto by jejich využití nebylo příliš výhodné.

Ve vztahu ke Kypru se nulová sazba srážkové daně na úroky, licenční platby a dividendy uplatní např. vůči Mauritiu (efektivní sazba daně ze zisku právnických osob je 3 %), San Marinu (místní daň ze zisku právnických osob je stanovena na 19 %, s tím, že zdanění nepodléhají příjmy z dividend), JAR (efektivní sazba daně ze zisku právnických osob je 3 %). Dá se ještě uvažovat o Sejšelech, kde se uplatní srážková daň ve výši 5 % na licenční poplatky, nicméně místní sazba daně ze zisku holdingových společností je 0 %.

Založení společnosti na Mauritiu stojí více než 10 tis Eur. Založení společnosti na Sejšelech stojí přibližně 1,5 tis Eur. Z tohoto důvodu lze doporučit použití struktury Kypr – Sejšely.

V úvahu vstupují samozřejmě i další podmínky, jako další činnost holdingu. Pokud by tak např. měl být koncern použit pro investice v Africe nebo Indii, lze spíše doporučit holdingovou společnost na Mauritiu, se kterými má Indie a mnohé Africké státy

uzavřeny mezinárodní smlouvy zajišťující preferenční režimy pro přímé zahraniční investice.

Praktická realizace založení takovéto koncernové struktury může pak být uskutečněna s využitím specializovaného právního a daňového poradce ve všech relevantních jurisdikcích.

7.4 Dvojí zdanění mezi ČR a Kypru

Mezinárodní zdanění ve vztahu České republiky a Kypru je upraveno Smlouvou mezi Českou republikou a Kyperskou republikou o zamezení dvojímu zdanění a zabránění daňovému úniku v oboru daní z příjmu ze dne 28.4.2009, publikovanou ve Sbírce mezinárodních smluv č. 120/2009 Sb.m.s.¹⁴⁵ Smlouva se užije pouze v rozsahu, ve kterém není dvojí zdanění harmonizováno právem EU.

Tato smlouva upravuje daň z příjmů, a to zejména dividendy, úroky, licenční poplatky, tantiémy a další příjmy.¹⁴⁶ Tato smlouva je založena na obdobných principech jako smlouvy mezi Mauritiem a Sejšely a Mauritiem a Indií popsané v kapitole č. 7.5.2 této disertační práce.

Smlouva stanoví, že příjmy výše uvedené mohou být zdaněny ve státu daňové rezidence příjemce platby.¹⁴⁷ Z české republiky do Kypru by tak mělo jít na základě smlouvy (a hlavně směrnic EU) poměrně snadno transferovat část zisků společnosti podnikající na území České republiky, a to v případě, že mateřská společnost této společnosti je umístěná na Kypru. Dle výslovného ustanovení Smlouvy (shodně tak i směrnic EU) však postačí i pouhé vlastnictví nejméně 10% této dceřiné společnosti k tomu, aby byla zaručena 0%

¹⁴⁵ Tato smlouva je dostupná ve sbírce mezinárodních smluv zveřejněné na internetu, viz <<http://www.mvcr.cz/soubor/sb049-09m-pdf.aspx>>.

¹⁴⁶ Viz čl. 10 Smlouvy a následující.

¹⁴⁷ Ve vztahu k dividendám tak např. čl. 10 Smlouvy uvádí následující: „*Dividendy vyplácené společností, která je rezidentem jednoho smluvního státu, rezidentu druhého smluvního státu, mohou být zdaněny v tomto druhém státě.*“

sazba srážkové daně z dividend.¹⁴⁸ Lze tak uvažovat o situaci, kde Kyperská společnost bude vlastnit pouze 10% akcií, ale podle společenské smlouvy bude mít nárok na 100% dividend. Takové ustanovení ve společenské smlouvě by ponechalo vlastnictví společnosti v rukou českých rezidentů, nicméně dividendy by mohly být bez zdanění odváděny do kyperského holdingu, ze kterého pak lze uskutečňovat další investiční záměry.

7.5 Bližší popis destinace - Sejšely

Sejšely nemají, na rozdíl od České republiky speciální zákon o mezinárodním právu soukromém, který by upravoval kolizní normy. Oproti tomu jsou kolizní normy upraveny v řadě předpisů, týkajících se jiných tematických okruhů.

Sejšely nemají s Českou republikou sjednanou mezinárodní smlouvu o zamezení dvojího zdanění. Proto se běžně nebude běžně používat napřímo pro podnikání v České republice z důvodu daňové optimalizace. Takové použití by dávalo smysl pouze z důvodu ochrany informací, když Česká republika nemá se Sejšelami uzavřenou žádnou dohodu o výměně informací.¹⁴⁹ Sejšely se tak zdají být dobrou jurisdikcí pouze pro utajení vlastníka majetku a netransparentní korporátní struktury.

Zdanění na Sejšelách se liší podle typu společnosti, která je využita a podle toho, zda taková společnost provádí na území Sejšel nějakou obchodní činnost nebo jen přijímá zisky ze zahraničních společností. Při použití tzv. International Business Company („**IBC**“) zisk z dceřiných společností nepodléhá dani z příjmů. Dividendy jsou osvobozeny od daně. Navíc se IBC týká osvobození od povinnosti

¹⁴⁸ Viz čl. 10 odst. 2 Smlouvy.

¹⁴⁹ Jediná mezinárodní smlouva mezi Českou republikou a Sejšelskou republikou je Dohoda o vědecké a kulturní spolupráci mezi vládou Československé socialistické republiky a vládou Sejšelské republiky z roku 1984. Viz databáze mezinárodních smluv na internetových stránkách Ministerstva zahraničních věcí <http://www.mzv.cz/jnp/cz/vyhledavani_smluv/index.html>.

vést účetnictví. Jde tedy o velmi volnou formu společnosti co do administrativní náročnosti jejího vedení. Také může posloužit pro zastření nestandardních daňových transakcí. Často se Sejšelská IBC používá také jako SPV pro vlastnictví lodí.

7.5.1 Základní rysy International Business Company

Sejšelská IBC je upravena samostatným zákonem, a to *Seychelles International Business Company Act* z roku 1994 ve znění pozdějších změn (dále jen „**SIBC Act**“).¹⁵⁰

Vzhledem k výhodám, které IBC na území Sejšel nabízí, stanoví SIBC Act zásadní omezení v tom smyslu, že IBC nesmí podnikat na území Sejšel. Za takové podnikání však není považováno např. konání jednání orgánů společnosti na území Sejšel (oproti tomu právě konání jednání orgánů společnosti může mít významný vliv pro posouzení daňové rezidence na Sejšelách z pohledu českého práva), vlastnictví akcií společností založených dle zahraničního, ale i sejšelského práva a dále také vlastnictví lodě registrované v Sejšelské republice.¹⁵¹

Sejšelská IBC nesmí vlastnit nemovitý majetek nebo ho užívat na základě leasingové smlouvy s právem odkupu. Dále IBC nesmí podnikat jako banka nebo pojišťovna ani poskytovat služby související se zakládáním a správcovstvím obchodních společností.¹⁵²

¹⁵⁰ Tento zákon je k dostání na internetu, viz např. <<http://www.sterlingoffshore.com/downloads/International-Business-Company-Act-1994.pdf>>.

¹⁵¹ Viz § 5 odst. 2 SIBC Act.

¹⁵² Viz § 5 odst. 1 SIBC Act. Poslední podmínka evidentně chrání místní podnikatele, kteří se těmito službami dlouhodobě dobře žijí.

Členové orgánů IBC neručí za závazky společnosti. Výjimka je stanovená pro případ, že člen orgánu nejedná v dobré víře (*good faith*).¹⁵³ Pak v plné výši ručí za závazky IBC.

Zajímavou je úprava názvu společnosti. SIBC Act obsahuje ve své příloze č. III seznam dodatků společností, které může název obsahovat. IBC je svou povahou společnost s ručením omezeným, a tak tento seznam obsahuje názvy tomuto typu odpovídající v různých zemích. Tak lze zvolit název obsahující dodatek s.r.o., S.p.A., GmbH, Ltd., Corp., LLC a jiné. Takový název Sejšelské společnosti by pak mohl být k nerozpoznání od české společnosti (např. *Česká společnost s.r.o.*).¹⁵⁴

Kromě založení nové IBC umožňuje také SIBC Act přemístění sídla společnosti založené podle zahraničního práva na území Sejšel a dále pokračovat ve své činnosti, jako by byla založena podle práva Sejšelské republiky.¹⁵⁵ Taková společnost musí vyhotovit tzv. *Articles of Continuation*, které obsahují jméno společnosti, označení státu, podle které byla společnost založena a náležitosti zakladatelské listiny IBC.

SIBC Act ve svém § 11 odst. 2 stanoví, že společnost založená podle cizího práva může pokračovat ve své činnosti jako Sejšelská IBC bez ohledu na to, jak se k této věci staví právo státu, podle které je společnost založena.¹⁵⁶ Srovnáme-li to s úpravou v České republice, tam je přemístění sídla upraveno v § 26 ObchZ a umožňuje

¹⁵³ Podle § 7 SIBC Act „[a] member, director, officer, agent or liquidator of a company incorporated under this Act shall not be liable for any debt, obligation or default of the company unless it is proved that he did not act in good faith [...]“

¹⁵⁴ Viz § 11 odst. 1 a příloha č. III SIBC Act.

¹⁵⁵ Podle § 11 odst. 1 SIBC Act „a company incorporated under the laws of a jurisdiction outside Seychelles and continued as a company incorporated under this Act may use the name designated in the articles of continuation.“

¹⁵⁶ Podle § 11 odst. 2 SIBC Act „[a] company incorporated under the laws of a jurisdiction outside Seychelles shall be entitled to continue as a company incorporated under this Act notwithstanding any provision to the contrary in the laws of the jurisdiction under which it is incorporated“.

přemístit sídlo pouze, pokud tak umožňuje mezinárodní smlouva nebo právo EU. V současné době je v rámci České republiky aktuální možnost přemístění sídla pouze podle práva EU (evropská akciová společnost a evropské hospodářské zájmové sdružení). Z toho vyplývá, že právo České republiky nedovolí přemístit sídlo společnosti založené podle Českého práva na území Sejšelské republiky. Vzniká tak otázka, co se stane, když takové přemístění umožňuje sejšelské právo i bez ohledu na právo jiných států. Mohlo by např. dojít k tomu, že by Sejšelský obchodní rejstřík společnost zapsal (pod stejným názvem) a vedl jako společnost podle Sejšelského právního řádu. Nicméně, vzhledem k restrikcím stanoveným z pohledu českého práva nedojde ke kontinuitě obou entit. Ta podle Sejšelského práva bude společností novou vzniklou, zatímco společnost podle Českého práva bude existovat i nadále v nezměněné podobě. V případě, že by měl přejít majetek z jedné společnosti na druhou, bude nutno ho převést smluvní cestou s dodržením zásad péče řádného hospodáře a loajality, včetně dodržení přiměřené ceny za takový převod. Nedojde tak ke kontinuitě obou české a sejšelské společnosti.

To, co nefunguje podle českého práva, by ale mohlo fungovat podle práv off-shore jurisdikcí. Podle výslovného ustanovení SIBC Act může IBC založená a existující podle práva Sejšelské republiky přemístit své sídlo do jiné jurisdikce a pokračovat tam ve své činnosti.¹⁵⁷ SIBC Act stanoví pragmaticky omezení v možnosti přemístění sídla zejména pro případ, že společnost dluží státu na poplatcích za vedení v obchodním rejstříku. Společnost založenou podle práva Sejšelské republiky lze poměrně jednoduše přemístit např. na Mauritius.

¹⁵⁷ Viz § 86 odst. 1 SIBC Act: „[s]ubject to any limitations in its Memorandum or Articles a company incorporated under this Act may, by a resolution of directors or by a resolution of members, continue as a company incorporated under the laws of a jurisdiction outside Seychelles in the manner provided under those laws“.

Při založení IBC je nutné zvolit název společnosti, který nebude zaměnitelný s názvem již existující společnosti. Pro případ, že by rejstříkový soud měl za to, že je název zaměnitelný, vyzve společnost k tomu, aby tento název změnila. Pokud společnost název nezmění, pak rejstříkový soud změní název společnosti sám a publikuje toto své rozhodnutí včetně nového názvu v místním obchodním věstníku.¹⁵⁸

Tento postup je výrazně praktičtější a uživatelsky přínosnější než ten, který je používán v České republice. Pokud totiž český rejstříkový soud dojde k tomu, že nově zakládaná společnost má název zaměnitelný s názvem v obchodním rejstříku již zapsaným, zamítne tento zápis. V takovém případě pak může návrhovač podat odvolání (takové může být vyřízeno až v během několika měsíců), případně se odvolání vzdát, čímž propadne soudní poplatek. Poté může návrhovač založit společnost novou nebo změnit název společnosti, u které byl zamítnut návrh na zápis pro zaměnitelnost názvu.

Právní úprava v České republice tedy má za následek vznik dodatečných nákladů podnikatelů (při zamítnutí budou muset platit veškeré poplatky za notáře, finanční úřad i rejstříkový soud znova), přičemž úprava dle práva Sejšelské republiky tomuto předchází elegantním řešením, kdy rejstříkový soud vyzve ke změně názvu, případně název společnosti sám upraví. Takovýto upravený název může být samozřejmě i nadále předmětem změny iniciované ze strany společníků IBC.

¹⁵⁸ Viz § 11 odst. 5 SIBC Act: „*the Registrar may [...] give notice to the last registered company to change its name and if it fails to do so within 60 days from the date of the notice the Registrar shall direct the company to change its name to such name as the Registrar deems appropriate, and the Registrar shall publish a notice of the change in the Gazette*“.

SIBC Act obsahuje povinnost IBC mít vždy na území Sejšel sídlo a tzv. registrovaného agenta.¹⁵⁹ Tento bude zpravidla dosazen ze strany off-shore providera. Sejšelská legislativa tak podporuje domácí podnikatelské prostředí, když bez místních poskytovatelů korporátních služeb se podle zákona nelze obejít.

7.5.2 Dvojití zdanění, Sejšely, Mauritius, Indie

Nedostatek Sejšelské republiky ve vztahu k České republice spočívá v tom, že mezi těmito státy není uzavřená dohoda o zamezení dvojího zdanění. Nicméně Sejšely mají uzavřeny smlouvy o zamezení dvojího zdanění s mnoha jinými off-shore a on-shore jurisdikcemi. Jednou z nich je např. Mauritius,¹⁶⁰ mezi on-shore jurisdikce lze řadit Kypr. Lze pak uvažovat o vícepatrové struktuře, když např. kyperská společnost má společníka (akcionáře) z Mauritia a tento společník (akcionář), pokud je právnickou osobou, je vlastněn společností ze Sejšelské republiky. Takové uspořádání by mohlo spíše než snížení daňové přinést možnost rozšíření podnikatelských aktivit koncernu – Sejšely by byly využity jako holding a Mauritius, vzhledem k jeho mezinárodním dohodám, pro vstup investorů do Afriky a Indie.

Mezinárodní zdanění ve vztahu Sejšel a Mauritia je upraveno mezinárodní bilaterální smlouvou ze dne 11. března 2005.¹⁶¹ Podle této smlouvy se řídí zdanění rezidentů Sejšel a Mauritia ve vztahu zejména k dani z příjmů, dividend, úroků, licenčních poplatků a služeb jednatelů. Ve všech těchto vyjmenovaných kategoriích se uplatní zásada, že zdanění takovýto finanční příjem bude podléhat zdanění dle

¹⁵⁹ Podle § 38 SIBC Act „[a] company incorporated under this Act shall at all times have a registered agent in Seychelles who is licensed to provide international corporate services under the International Corporate Service Providers Act [...]“.

¹⁶⁰ Agreement between the government of the Republic of Seychelles and the government of the Republic of Mauritius for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income dated March 11, 2005.

¹⁶¹ Tato smlouva je dostupná na internetu, viz např. <<http://www.sterlingoffshore.com/downloads/Seychelles-Mauritius-Double-Taxation-Avoidance-DTA-Tax-Treaty.pdf>>.

sazeb státu, na jehož území se nachází daňová rezidence příjemce platby.¹⁶²

Lze si tedy představit situaci, že holdingová společnost na Sejšelách čerpá z dceřiné společnosti na Mauritiu dividendy, úroky z vnitroskupinového podnikání, poplatků za užívání skupinového know-how (ochranné známky a obchodní označení) a poplatky za manažerské služby. Manažerské služby budou poskytovány na základě servisních smluv,¹⁶³ které budou upravovat také outsourcing účetních, právních a jiných služeb (včetně pronájmu majetku, např. osobních vozidel včetně řidičů) na základě kterých se budou odvádět platby z Mauritia na Sejšely.

Jak již bylo řečeno, Mauritius těží zejména ze svých mezinárodních smluv o přímých zahraničních investicích ve vztahu k některým africkým zemím a Indii. Mezinárodní zdanění ve vztahu Indie a Mauritia je upraveno mezinárodní bilaterální smlouvou o zamezení ze dne 11. března 2005. Tato smlouva upravuje mezinárodní zdanění obdobně jako smlouva mezi Mauritiem a Sejšelskou republikou popsaná výše. Stejně tedy i daně z příjmů, dividend, úroků, licenčních poplatků a služeb jsou odváděny dle sazeb státu daňové rezidence příjemce této platby.

7.6 Lucembursko jako fondová velmoc

Výše popsané Sejšely jsou vhodné spíše pro netransparentní investice. Pokud by mělo být cílem spravovat velký objem kapitálu transparentním způsobem, je nutno zvolit spíše osvědčenou evropskou jurisdikci, kterou je např. Lucembursko. S umístěním sídla v Lucembursku lze také spojit následnou kotaci cenných papírů na

¹⁶² Viz např. úprava u zdanění dividend podle čl. 10 úmluvy, jejíž formulace se opakuje i u dalších příjmů: „*Dividends paid by a company which is a resident of a Contracting State to a resident of the other Contracting State shall, if the recipient is the beneficial owner of the dividends, be taxable only in that other State.*“

¹⁶³ Tzv. Service Level Agreements.

burze, což si lze se Sejšelskou společností představit jen obtížně. Lucembursko patří spíše k dražším jurisdikcím co se týká nákladů na správu společnosti (fondu).

Pro stručný přehled jsou níže uvedeny některé formy podnikání na trzích kolektivního investování, které jsou dostupné v Lucembursku.

V oblasti fondů kolektivního investování lze, stejně jako v ČR spravovat fond standardní nebo speciální. Fondy jsou částečně podrobeny dohledu místního dohledového orgánu. Jednotná regulace EU se vztahuje na fondy standardní¹⁶⁴ a týká se zejména způsobu diverzifikace portfolia.

Standardní fondy požívají výhod tzv. evropského jednotného pasu a investice do takového fondu může být nabízena v celé EU, aniž by bylo nutné získat v dalších členských zemích EU povolení místního dohledového orgánu. Právo EU tak stanoví volný pohyb standardních regulovaných fondů v EU.

Speciální fondy tento volný pohyb nemají, a v každém státě kde jsou nabízeny a spravovány, musí být získáno povolení místního dohledového orgánu (v ČR je to ČNB, v Lucembursku Commission de Surveillance du Secteur Financier).

Standardní formy lze, z důvodu jejich vysoké regulace, nabízet za určitých podmínek široké veřejnosti.

Kromě standardních fondů lze v Lucembursku volit z několika druhů fondů speciálních, těmi jsou např. tzv. Common fund, SICAF,¹⁶⁵ SICAV,¹⁶⁶ SICAR¹⁶⁷ nebo sekuritizační fondy.

¹⁶⁴ Viz směrnice UCITS I – UCITS V.

¹⁶⁵ Fond s fixním kapitálem (Société d'investissement à capital fixe).

¹⁶⁶ Fond s pohyblivým kapitálem (Société d'investissement à capital variable).

Za detailnější zmínku stojí SICAR. Je ze všech speciálních lucemburských fondů nejmírněji regulován co do diverzifikace portfolia. Jde o poměrně nový typ, v Lucembursku zavedený od poloviny roku 2004. SICAR je určen přímo pro založení a účast na základním kapitálu jiné obchodní společnosti, účasti na jejím rozvoji a následné veřejné nabídce podílu na této společnosti na burze (IPO).¹⁶⁸ Nejsou stanoveny žádné podmínky diverzifikace rizika ani kapitálové přiměřenosti. SICAR může být zatížen jakkoliv vysokým úvěrem. Vzhledem k této volné úpravě se hodí k rizikovým investicím do rozvíjejících se společností (start-upů). Investovat do SICAR mohou pouze kvalifikovaní investoři (viz výše).

Zajímavým je také fond zavedený v roce 2004 - sekuritizační fond podle zákona LS. Sekuritizační fond je navržen speciálně pro zajištění závazků třetích stran a vydávání cenných papírů, jejichž cena a výnosnost se odvíjí od rizika zajišťovaného závazku.

Standardní UCITS fondy lze v Lucembursku založit jako fond bez subjektivity, ale i také jako fond, který právní subjektivitu má. Základní kapitál může být pevně stanoven nebo variabilní. Standardní fond může také spravovat několik podfondů.¹⁶⁹

Minimální kapitalizace standardního fondu, které jsou povinni zakladatelé docílit je 1.250.000 EUR.¹⁷⁰ Základní kapitál je předepsán v minimální výši 125.000 EUR.¹⁷¹ Minimální kapitalizace a základní kapitál u speciálních fondů s liší dle zvoleného typu a pohybuje se

¹⁶⁷ Fond rizikového kapitálu (Société d'investissement en capital á risque).

¹⁶⁸ Viz čl. 1 odst. 2 LICR.

¹⁶⁹ LuxembourgforFinance (2009), "How to Set Up a UCITS Fund," Practical Guide No. 5, viz http://www.lff.lu/fileadmin/redaction/documents/howto/LFF_FICHES_05_UCITS_fund_UK_V8.pdf.

¹⁷⁰ Viz. čl. 23 a čl. 27 LUCI.

¹⁷¹ Viz. čl. 78 LUCI.

nejméně v částce 1.250.000 EUR pro minimální kapitalizaci a 12.500 EUR pro základní kapitál.

Diverzifikace portfolia standardních fondů v Lucembursku je upravena UCITS a provedena v čl. 41 – 52 místního zákona LUCI. V tomto ohledu je mechanismus úprava diverzifikace portfolia obdobný té české.

Oproti standardním fondům, není okruh investičních nástrojů, do kterých mohou investovat speciální fondy, nikterak významně omezen. Základní podmínkou je, že pravidla pro diverzifikaci portfolia a investiční cíle schválí regulátor.¹⁷²

Fondy speciální jsou, stejně jako v ČR, určeny pouze kvalifikovaným investorům. Kvalifikovaným investorem je v podstatě osoba, která to o sobě prohlásí a investuje alespoň 125.000 EUR nebo, oproti podmínkám v ČR, může místo minimální výše investice podložit svou kvalifikaci potvrzením banky, o tom, že je skutečně kvalifikovaný.¹⁷³ V tomto ohledu je lucemburská právní vstřícnější vůči drobným investorům než úprava v ČR, která požaduje vždy investici alespoň ve výši 1.000.000,- Kč.

¹⁷² Viz. čl. 67 LUCI.

¹⁷³ Viz čl. 2 odst. 1 LSIF

8. OBRANA MAJETKU

Jednou ze zásadních věcí, pro kterou lze využít mezinárodní koncernovou strukturu je také ochrana majetku. Zvažovat lze jak preventivní ochranu, kdy je majetek převáděn průběžně do entit v jiné jurisdikci, tak i ochranu následnou za účelem aktuální ochrany před věřiteli.

Ochrana předběžná je zřejmá. Za účelem znemožnění identifikace skutečného vlastníka majetku je majetek netransparentně několikrát převeden na zahraniční entitu, takže případné získání informace ohledně skutečného vlastníka se potřebné informace dopátrá pouze těžko. Na základě takovéto struktury dochází i velmi často k netransparentním převodům tam, kde to může být škodlivé pro stát, např. sjednávání obchodních smluv mezi takovými netransparentními entitami a veřejným sektorem (např. ČR). Podle informace Transparency International *„Firmy s vlastníky z daňových rájů za posledních 5 let vyhrály v ČR veřejné zakázky v objemu min. 153 mld. Kč. Z evropských fondů si rozdělily přes 6 mld. Kč, z čehož vyčerpaly více než 3,3 mld. Kč. Z veřejných prostředků do firem s vlastníky z daňových rájů a anonymních společností za 5 let přiteklo celkem nejméně 200 mld. Kč.“*¹⁷⁴ Postup při takovéto „preventivní ochraně majetku“ není nikterak těžký, založí se několik řetězcích se společností s akciemi na majitele (případně s využitím *nominee shareholders*) a šance získání informace ohledně skutečného vlastníka cílové společnosti (tzn. i adresáta pochybných plateb z veřejných rozpočtů) je takřka minimální.

Komplikovanější situací je případ, kdy je nutno ochránit majetek už před probíhajícím vymáháním věřitelů, případně pokud takové vymáhání existuje. Situaci ztěžuje fakt, pokud existuje nebo

¹⁷⁴ Informace zveřejněná v Lidových novinách dne 9. října 2013. Viz elektronicky distribuovaný souhrn denních zpráv Informační služba Euro24, vydání ze dne 9. října 2013, vydává Mladá fronta a. s.

případně bude v nejbližší době existovat exekuční titul. Horší je situace, pokud by exekuční titul představovalo rozhodnutí rozhodčího soudu. Uznávání a výkon rozhodčích nálezů se totiž řídí New Yorskou úmluvou pro uznávání a výkon rozhodčích nálezů,¹⁷⁵ přičemž tato úmluva unifikuje pravidla vymáhání rozhodčích nálezů ve 149 státech, přičemž toto číslo se průběžně zvyšuje.¹⁷⁶ Právě tato unifikace zpřehledňuje a usnadňuje výkon rozhodčích nálezů což může znamenat na druhou stranu problematickou a omezenou možnost ochrany proti takovému výkonu rozhodnutí. Oproti tomu je obrana proti výkonu soudního rozhodnutí pro obránce o něco snadnější, a to hlavně kvůli tomu, že právní řády nejsou co do předpokladů uznání a výkonu rozhodnutí unifikované. V každém státě je tudíž procedura výkonu soudního rozhodnutí jiná a vyžaduje specifické znalosti místního právního systému, a také se liší důvody neuznání takového soudního rozhodnutí. Na druhou stranu komplikovanost výkonu soudního rozhodnutí nahrává obráncovi, který má mnohem volnější ruce v otázce strategie obrany proti výkonu rozhodnutí. Analýzy právních řádů s tím spojené samozřejmě budou vyvolávat časové (a pravděpodobně) i finanční náklady, ale výsledek může tyto náklady velmi dobře vrátit.¹⁷⁷

Níže v dalších kapitolách poskytnu souhrnnou informaci ohledně možností výkonu soudních rozhodnutí v několika zahraničních jurisdikcích. Základním předpokladem analýzy je skutečnost, že se na výkon rozhodnutí nevztahuje žádná mezinárodní smlouva. Pokud ve vztahu k jinému státu není mezinárodní smlouva sjednána, podléhá výkon a uznání soudního rozhodnutí vnitrostátním právním předpisům toho státu, kde je podán návrh na výkon

¹⁷⁵ Viz vyhláška č. 74/1959 Sb., o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

¹⁷⁶ Viz webové stránky New yorské úmluvy: <<http://www.newyorkconvention.org/new-york-convention-countries/contracting-states>>.

¹⁷⁷ S ohledem na uvedené je nutné na tomto místě upozornit, že je nutno k uvedené věci přistupovat takovým postupem, aby nedošlo k naplnění skutkové podstaty trestného činu poškození věřitele podle § 222 TZ.

rozhodnutí. Vnitrostátní předpisy a proces uznání a výkonu rozhodnutí se v různých jurisdikcích liší. Pokud by byla sjednaná mezinárodní smlouva, tak ta by mohla podstatně limitovat standardní důvody odmítnutí uznání pouze na některé vybrané důvody (např. nemožnost se zúčastnit řízení a *res iudicata*).

V tomto ohledu je tedy nutno pamatovat na to, že by se taková obrana uplatnila pouze pro případ, že jedna ze stran má sídlo mimo Evropskou unii. V této souvislosti lze doporučit umístění ochraňovaného majetku do Lichtenštejnska, a to pro jeho nečlenství v EU, a velmi zajímavý způsob výkonu soudního rozhodnutí, kdy Lichtenštejnský soud vždy několikastupňově přezkoumá nárok z hlediska hmotněprávního, což znamená plnohodnotné nové soudní řízení včetně řádného i mimořádného opravného prostředku, a to vše před nezávislým Lichtenštejnským soudem.

Vzhledem k uvedené regulaci Evropské unie vždy vyvstává otázka, zda existuje možnost, že v případě kdy je obránce v členském státu EU by mohla být do EU také postoupena vymáhaná pohledávka, čímž by pak taková pohledávka byla vymáhaná podle Nařízení Brusel I. K tomuto si dovolím zaujmout spíše negativní stanovisko, a to vzhledem k tomu, že se nevymáhá pohledávka, ale uznává a vykonává rozhodnutí zahraničního soudu, v tomto ohledu Nařízení Brusel I. stanoví, *„Rozhodnutí vydaná v některém členském státě jsou v ostatních členských státech uznávána, aniž by bylo vyžadováno zvláštní řízení“*,¹⁷⁸ přičemž rozhodnutí je definováno jako *„každé rozhodnutí vydané soudem členského státu bez ohledu na to, je-li označeno jako rozsudek, usnesení, příkaz nebo nařízení výkonu rozhodnutí, včetně rozhodnutí o nákladech řízení vydaného soudním úředníkem“*.¹⁷⁹ Tudíž na základě Nařízení Brusel I. se vždy uznávají pouze rozhodnutí vydaná soudy v EU, nikoliv vykonatelné

¹⁷⁸ Viz čl. 33 odst. 1 Nařízení Brusel I.

¹⁷⁹ Viz čl. 32.

pohledávky dle exekučních titulů nečlenského státu. Pro doplnění pouze dodávám, že podle Nařízení Brusel I se rozhodnutí neuznává, pokud (i) je uznání v rozporu s veřejným pořádkem, (ii) žalovanému nebyl doručen návrh na zahájení řízení, nebo (iii) je neslučitelné s dřívějším rozhodnutím mezi týmiž stranami ve stejné věci.¹⁸⁰

8.1 Hlavní rizika výkonu cizího rozhodnutí a některé obrany

Pokud jde o obranu majetku společnosti s mezinárodní působností, prvním druhem majetku, na který je nutné se zaměřit, jsou finanční prostředky uložené na bankovních účtech a s tím související finanční transakce s obchodními partnery. V případném výkonu rozhodnutí je rizikem zablokování peněžních prostředků ve výši až 100 % vymáhané částky, navýšené o náklady a s tím spojené narušení cash flow dlužníka včetně společností v koncernu, které by se např. účastnily cash-poolingu. Dále hrozí akcelerace úvěrů a dluhopisů a nutnost jejich bezprostředního refinancování.

Účty v bankách

Rizikem pro dlužníka je zde nařízení exekuce příkázáním pohledávky z účtů a nemožnost disponovat s peněžními prostředky. Pokud jsou účty dlužníka napojeny na cash pooling: s jinými společnostmi v koncernu, mohlo by dojít k narušení cash flow i těchto jiných společností v koncernu.

Stát, ve kterém bude výkon probíhat, záleží na sídle bank:

- ČR u bank, poboček zahraničních bank¹⁸¹ a jiných protistran, pokud mají sídlo v ČR. K činnostem před

¹⁸⁰ Obdobná úprava se uplatní mezi členskými státy EU a Švýcarskem, Norskem a Islandem. Pravidla jsou s nařízením Brusel I. sjednocená na základě Luganské úmluvy o příslušnosti a uznávání a výkonu soudních rozhodnutí v občanských a obchodních věcech, která byla podepsána mezi EU, Švýcarskem, Norskem a Islandem v roce 2007.

¹⁸¹ Jde o banky, které na území ČR podnikají prostřednictvím organizační složky. Jejich seznam je uveden na webu ČNB (např. Citibank Europe plc, organizační složka, viz https://apl.cnb.cz/apljerrsdad/JERRS.WEB07.INTRO_PAGE?p_lang=cz).

nařízením výkonu (včetně prohlášení o majetku)¹⁸² je příslušný okresní soud dle sídla dlužníka, k přikázání nařízení výkonu přikázáním pohledávky je příslušný soud dle sídla banky;

- mimo ČR u všech zahraničních osob, včetně zahraničních bank poskytujících přeshraniční služby v ČR.¹⁸³ K provedení výkonu je příslušný soud (nebo jiný příslušný orgán) státu, na jehož území má být výkon rozhodnutí proveden.

Obranou proti výkonu rozhodnutí přikázáním pohledávky z bankovních účtů je zejména přemístění bankovních účtů do jiných společností v rámci koncernu, může však vzniknout problém se získáním souhlasu bank a jiných obchodních partnerů s tímto krokem.

Před nařízením výkonu rozhodnutí se lze pokusit podat žádost soudům o provedení slyšení před nařízením exekuce.¹⁸⁴ Této žádosti však nemusí soudy vyjít vstříc, osoba povinná se ani nemusí dozvědět o probíhající řízení dříve, než budou zablokovány její bankovní účty.

Dále se lze bránit v průběhu výkonu rozhodnutí, tj. využitím možnosti podat odvolání, návrh na odklad, zastavení a vylučovací žalobu.

Dluhopisy a úvěrové smlouvy

¹⁸² Osoba oprávněná musí k návrhu na výkon rozhodnutí uvést konkrétní čísla účtů, které mají být postiženy. K jejich získání může buď (i) kontaktovat všechny banky a pobočky zahraničních bank na území ČR nebo (ii) navrhnout okresnímu soudu předvolání osoby povinné k podání prohlášení o majetku podle § 260a o.s.ř. Po získání čísel účtů může osoba oprávněná podat návrh na nařízení exekuce u okresních soudů v jejichž působnosti sídlí protistrany přikazovaných pohledávek.

¹⁸³ Jejich seznam je na webu ČNB, viz: https://apl.cnb.cz/apljerrsdad/JERRS.WEB07.INTRO_PAGE?p_lang=cz.

¹⁸⁴ Slyšení osoby povinné před nařízením výkonu rozhodnutí soud provede jestliže to vyžadují konkrétní okolnosti případu a jestliže tím nebude zmařen účel výkonu rozhodnutí. Viz § 253 odst. 1 OSŘ.

U dluhopisů a úvěrových smluv vzniká v případě narušení cashflow dlužníka riziko křížového porušení emisních podmínek dluhopisů a riziko porušení úvěrových smluv.

Křížové porušení by mohlo vzniknout např. tak, že exekuce na majetek dlužníka by mohla zcela standardně být případem porušení úvěrových smluv s následkem možnosti zesplatnění úvěru.¹⁸⁵ Možnost zesplatnění finančního závazku nad stanovenou částku může být dále porušením podle emisních podmínek dluhopisů. Vlastník dluhopisů by pak mohl oznámením emitentovi své dluhopisy případně zesplatnit. Realizace zesplatnění v částce přesahující určitou výši by pak mohla vyvolat porušení podmínek zbylých emisních podmínek dluhopisů emitenta. Pokud takový případ skutečně existuje a dlužník se připravuje na exekuci, je nutno zvážit obranu ve formě změny podmínek významných úvěrových smluv a také emisních podmínek dluhopisů.

Ohledně dluhopisů existuje i další riziko, a to že dojde k blokaci kupónových plateb a splacení jistiny, a to v závislosti na smluvní úpravě těchto plateb s platebními agenty a v závislosti na právní úpravě státu, jehož právo je rozhodné právem.

V této souvislosti je vhodné přihlédnout zejména k okamžiku přechodu vlastnictví k peněžním prostředkům z emitenta na jinou osobu, který bývá obecně stanoven na zaplacení kuponu platebnímu agentovi nebo vlastníkovu dluhopisu. Jiný režim může být sjednán smluvně, např. s platebními agenty pokud by podle anglického práva držel tyto prostředky „*in trust for the issuer*“.

Riziko blokace příjmů z nových emisí se liší dle státu emise, některé burzy neumožňují blokaci svých účtů, přes které směřují

¹⁸⁵ Případ porušení bývá omezen minimální exekovanou částkou a je stanovena minimální lhůta po kterou exekuce musí probíhat bez uspokojení věřitele, aby došlo k případu porušení.

finanční prostředky (tj. např. Euroclear/Clearstream), pokud však z těchto účtů platebního agenta jsou odvedeny prostředky na účet emitenta, tak na tomto účtu emitenta již peněžní prostředky ochráněné před exekucí nejsou.

Pokud smluvní úprava s platebním agentem neposkytuje dostatečnou ochranu peněžních prostředků v průběhu transferu mezi emitentem a věřitelem, lze požádat platebního agenta o změnu smluvních podmínek ve vztahu k agentovi. Vždy je však nutné provést podrobnou analýzu emisních podmínek, upravující zejména vztah mezi emitentem a věřitelem.

8.2 Výkon cizího rozhodnutí v ČR

Pokud se neuplatní dvoustranná mezinárodní smlouva, případně regulace Evropské unie, provede se uznání a výkon cizího rozhodnutí podle subsidiárně aplikovatelných ZMPS,¹⁸⁶ případně NZMPS.¹⁸⁷ Důvody pro neuznání výkonu rozhodnutí jsou (a) výlučná pravomoc českých soudů, (b) litispendence, (iii) res iudicata, (iv) nemožnost se zúčastnit řízení (i) rozpor s veřejným pořádkem nebo (ii) nedostatek vzájemnosti.¹⁸⁸

Podle § 54 ZMPS prohlášení o vzájemnosti vydává § 54 Ministerstvo spravedlnosti a toto určení vzájemnosti je pro soudy a jiné státní orgány závazné. Závazné bude toto stanovisko pouze do 1.1.2014, kdy vstoupí do účinnosti nová právní úprava, podle které přihlédne soud k prohlášení ministerstva jako k běžnému důkazu.¹⁸⁹

¹⁸⁶ Viz § 63 a násl. ZMPS.

¹⁸⁷ Viz § 14 a násl. NZMPS.

¹⁸⁸ Další důvody neuznání podle ZMPS jsou (i) výlučná pravomoc českých soudů, (ii) dříve českým soudem vydáno jiné rozhodnutí ve stejné věci, (iii) odnětí možnosti účastnit se řízení. Nový zákon o mezinárodním právu soukromém, platný od 1. ledna 2014 (zákon č. 91/2012 Sb.) upravuje důvody odmítnutí uznání bez významnějších odchylek stejně jako ZMPS.

¹⁸⁹ Viz § 13 zákona č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém.

K nařízení výkonu rozhodnutí musí strana oprávněna podat návrh k okresnímu soudu místně příslušnému dle sídla osoby povinné podle § 252 odst. 1 o.s.ř. a § 85 odst. 3 o.s.ř.¹⁹⁰

S návrhem na nařízení výkonu soudního rozhodnutí je nutno předložit překlady (i) úplného vyhotovení rozhodnutí, jakož i potvrzení o jeho právní moci a (ii) dokladu o tom, že žalovaný byl v řízení řádně předvolán.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí. Proti nařízení výkonu rozhodnutí lze podat odvolání a dovolání.

Před samotným nařízením výkonu může soud (avšak není povinen) provést slyšení osoby povinné. To soud může provést (ale není k tomu povinen) pouze jestliže to vyžadují konkrétní okolnosti případu a jestliže tím nebude zmařen účel výkonu rozhodnutí.¹⁹¹

Pokud soud neprovede slyšení osoby povinné, tak se o výkonu rozhodnutí povinný dozví až po nařízení výkonu rozhodnutí, a to okamžikem doručení usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí. V případě srážek z účtu nesmí být povinnému usnesení doručeno dříve než peněžnímu ústavu.¹⁹²

Výkon rozhodnutí v současné době probíhá v České republice ve dvou liniích, a to buď podle OSŘ nebo podle zákona č. 120/2001 Sb. exekuční řád (dále pouze „EŘ“). Osoba oprávněna si nemůže vybrat, zda postoupí výkon rozhodnutí dle OSŘ nebo EŘ, kvalifikaci mezi těmito dvěma postupy je provedena zákonem.¹⁹³ Na výkon

¹⁹⁰ Sídlo je místem, „kde je umístěna správa společnosti a kde se veřejnost může s právníckou osobou stýkat.“ Viz Fiala, J., Hurdík, J., Korecká, V.: *Občanský zákoník - komentář*, ASPI, komentář k § 19c OZ, dostupný v ASPI.

¹⁹¹ Viz § 253 odst. 1 o.s.ř.

¹⁹² § 304 odst. 2 o.s.ř.

¹⁹³ Viz § 37 odst. 2 písm. b) exekučního řádu a § 251 odst. 2 o.s.ř., podle kterého „Soud nařizuje a provádí výkon rozhodnutí a) o výchově nezletilých dětí, b) nejde-li o exekuční

cizího rozhodnutí se použijí pouze ustanovení OSŘ, a to vzhledem k § 251 odst. 2 písm. f), podle kterého „*Soud nařizuje a provádí výkon rozhodnutí [...] jde-li o cizí rozhodnutí.*“¹⁹⁴

Praktický důsledek nařízení výkonu rozhodnutí se projeví např. v případě výkonu příkázáním pohledávky z bankovních účtů. Okamžikem doručení usnesení platebnímu ústavu nesmí povinný jakkoliv nakládat s peněžními prostředky na účtu až do výše vymáhané pohledávky (s výjimkou vyplácení mezd).

Obranné prostředky proti nařízení výkonu rozhodnutí podle OSŘ jsou

- odvolání proti usnesení o nařízení výkonu rozhodnutí: lze namítat „*jen ty skutečnosti, jež jsou pro nařízení výkonu rozhodnutí rozhodné*“;¹⁹⁵
- odklad provedení výkonu rozhodnutí: (i) pokud by výkon měl dočasně pro povinného zvláště nepříznivé následky a oprávněný by nebyl odkladem vážně poškozen, nebo (ii) lze-li očekávat, že výkon bude zastaven;¹⁹⁶
- zastavení výkonu rozhodnutí: mj. z důvodu, že (i) zahraniční rozhodnutí bylo zrušeno nebo se stalo neúčinným, (ii) po vydání rozhodnutí zaniklo právo jím přiznané, (iii) výkon postihuje majetek, který je vyloučen z výkonu, (iii) výkon rozhodnutí je

titul, který lze vykonat podle správního řádu nebo daňového řádu, c) je-li podán návrh na vyklizení bytu nebo místnosti se zajištěním bytové náhrady, d) o vykázání ze společného obydlí a nenavazování kontaktů s oprávněným, e) orgánů Evropských společenství, f) jde-li o cizí rozhodnutí.“

¹⁹⁴ Viz § 251 odst. 2 písm. f) OSŘ.

¹⁹⁵ Viz § 254 odst. 5 OSŘ.

¹⁹⁶ Viz § 266 OSŘ.

nepřípustný pro jiný důvod, pro který rozhodnutí nelze vykonat;¹⁹⁷

- vylučovací žaloba: zejm. z důvodu nesprávného určení vlastnictví postihovaného majetku.¹⁹⁸

Opravné prostředky v exekuci jsou upraveny v EŘ a jsou obdobné těm výše uvedeným, týkajícím se soudního výkonu rozhodnutí. Nicméně pro výkon cizího nejsou vzhledem ke znění ustanovení § § 251 odst. 2 písm. f) OSŘ relevantní, a proto jim dále není věnován žádný prostor.

8.3 Lichtenštejnsko

V úvodu této kapitoly si dovoluji upozornit na to, že ze všech zde analyzovaných právních řádů se Lichtenštejnsko zdá být nejvhodnější jurisdikcí pro ochranu majetku proti přeshraničnímu výkonu rozhodnutí.

Soudní rozhodnutí z jiných států, než jsou Rakousko a Švýcarsko, nejsou v Lichtenštejnsku vykonávána. K tomu, aby došlo k jejich výkonu je povinna osoba oprávněná podat k Lichtenštejnskému soudu žalobu.

Lichtenštejnsko je smluvním státem Haagské úmluvy ze dne 15. dubna 1958 uznávání a vykonatelnosti rozhodnutí o vyživovací povinnosti k dětem.¹⁹⁹ Proto je v Lichtenštejnsku možné uznat a vykonat rozhodnutí týkající se vyživovací povinnosti k dětem. Ve věci jiných soukromoprávních nároků, uzavřelo Lichtenštejnsko pouze mezinárodní úmluvy se Švýcarskem a Rakouskem.

¹⁹⁷ Viz § 268 odst. 1 OSŘ.

¹⁹⁸ Viz § 267 OSŘ.

¹⁹⁹ Convention of 15 April 1958 concerning the recognition and enforcement of decisions relating to maintenance obligations towards children. Viz http://www.hcch.net/index_en.php?act=authorities.listing.

Lichtenštejnsko je smluvním státem Newyorské úmluvy. Proto pouze rozhodnutí týkající se vyživovací povinnosti k dětem, rozhodnutí Švýcarských a rakouských soudů a rozhodčí nálezy smluvních stran Newyorské úmluvy mohou být v Lichtenštejnsku uznány a vykonány.

V současné době nemá Lichtenštejnsko žádná reciproční pravidla, která by se týkala uznávání, kromě těch, které jsou stanoveny ve výše zmíněných mezinárodních smlouvách. Navíc, neexistují ani žádné vnitrostátní Lichtenštejnské předpisy, které by umožnily uznání a výkon cizích soudních rozhodnutí.

Pokud však strana oprávněná disponuje zahraničním soudním vykonatelným rozhodnutím, může pro jeho výkon podstoupit následující řízení.

Platební rozkaz

Strana oprávněná je oprávněna podat návrh na nařízení platebního rozkazu. K tomu musí prokázat existenci zahraničního soudního rozhodnutí a nebezpečí újmy z prodlení s jeho výkonem.

Řízení ohledně posouzení nároku

V rámci řízení o posouzení oprávněnosti nároku strany oprávněné (tzv. *Summary proceedings* nebo v orig. *Rechtsöffnungsverfahren*) může být zahraniční soudní rozhodnutí předloženo lichtenštejnskému soudu, přičemž takové rozhodnutí bude mít právní sílu veřejné listiny.

Řízení ohledně posouzení nároku zahajuje strana oprávněná žalobou k Lichtenštejnskému okresnímu soudu. Žaloba musí obsahovat jméno osoby povinné, její podnikatelskou činnost a sídlo, výši nárokovaného plnění a právní základ žádosti.

Ohned po doručení této žádosti vydá okresní soud platební příkaz (*Zahlbefehl*) a doručí jej osobě povinné. Vydání platebního příkazu nepředchází žádné slušení osoby povinné. Platební příkaz je doručen osobě povinné, která má dva týdny po doručení právo na podání odporu. Odpor, stejně jako odpor v ČR, nemusí obsahovat žádné odůvodnění. Pokud není odpor podán, platební příkaz nabývá právní moci a je vykonatelný.

Pokud osoba povinná podá odpor, pak osoba oprávněná může podat návrh na zrušení tohoto odporu (tzv. řízení *Rechtsöffnungsverfahren*) okresním soudem v Lichtenštejnsku. Tento návrh představuje detailně odůvodněnou žalobu, včetně důkazů prokazujících tvrzení strany oprávněné, tedy ve stejné podobě jako v prvním stupni rozhodnutí, které by strana oprávněná měla zájem vykonat. V Lichtenštejnsku je však nutné provést kompletně celé nové soudní řízení včetně dokazování.

Po doručení této žaloby, vyzve okresní soud v Lichtenštejnsku strany sporu, aby se dostavily na ústní jednání. Toto ústní jednání je specifické v tom, že strana oprávněná nesmí k dokazování využívat svědeckých výpovědí. V případě, že by se strana povinná nedostavila, tak soudce rozhodne spor na základě písemností obdržených do dne konání ústního jednání. Strana povinná si může k ústnímu jednání přivést svědky. Ukončením ústního jednání nastává koncentrace a již není možné uplatnit žádné další důkazy. Následně soud rozhodne o návrhu strany oprávněné na zrušení odporu (tzv. řízení *Rechtsöffnung*) a doručí oběma stranám svoje rozhodnutí.

V případě, že strana oprávněná uspěje, a soud odpor zruší, pak strana povinná je oprávněna podat ve lhůtě dvou týdnů od doručení rozhodnutí návrh k okresnímu soudu v Lichtenštejnsku na zrušení nároku strany oprávněné (tzv. *Aberkennungsklage*). Pokud soud zruší nárok strany oprávněné (dojde k tzv. *Erteilung der Rechtsöffnung*), pak strana oprávněná může podat odvolání nebo zažalovat stranu

povinnou žalobou dle obecných procesních předpisů Lichtenštejnska (vůči původní žalobě se neuplatní překážka *res iudicata*). Jiný opravný prostředek proti potvrzení platebního rozkazu nemá strana oprávněná k dispozici.

Pokud podá strana povinná ve lhůtě dvou týdnů od doručení rozhodnutí o zrušení odporu návrh k okresnímu soudu v Lichtenštejnsku na zrušení nároku strany oprávněné (tzv. *Aberkennungsklage*), pak budou mít strany opačné procesní postavení než v předchozím řízení – ze strany povinné se totiž stává žalobce, a ze strany oprávněné je žalovaná. Nicméně, důkazní břemeno nese i nadále strana oprávněná (tj. původní žalobce), strana oprávněná musí prokázat existenci a oprávněnost jejího nároku. Ačkoliv tedy nyní veškeré návrhy formuluje strana povinná, jakožto žalobce, strana oprávněná, jakožto žalovaná a nesoucí důkazní břemeno, musí prokázat oprávněnost svého nároku podle cizího právního řádu (pokud by se tak spor týkal vzniku škody v ČR, musela by strana povinná prokázat porušení českého práva, vznik škody a její výši a příčinnou souvislost).

Toto řízení je plnohodnotné řízení, bez jakýchkoliv omezení, každá strana je oprávněna použít jakýchkoliv prostředků k tomu, aby prokázala oprávněnost své pozice. Strany mohou znovu vznést i stejné argumenty, jaké použili v řízení *Rechtsöffnungsverfahren* (viz výše), i pokud by je okresní soud už jednou odmítl. Po rozhodnutí o zrušení nároku strany oprávněné lze použít dvou opravných prostředků, a to odvolání k Odvolacímu soudu a následně dovolání k Nejvyššímu soudu Lichtenštejnska. Navíc, pokud dojde k porušení ústavních práv, lze zvážit podání ústavní stížnosti k Ústavnímu soudu Lichtenštejnska.

Je nutno upozornit na skutečnost, že podání návrhu na zrušení nároku strany oprávněné (tzv. *Aberkennungsklage*) stranou povinnou nemá za následek pozastavení vykonatelnosti cizího soudního

rozhodnutí. Toto cizí soudní rozhodnutí totiž v Lichtenštejnsku není nikdy vykonatelné. Strana oprávněná tudíž nemá možnost na jeho základě postihnout majetek strany povinné. To samozřejmě nemá vliv na potenciální možnost výkonu strany oprávněné v jiných zemích mimo Lichtenštejnska.

Jediná výhoda pro stranu oprávněnou v řízení ohledně zrušení jejího nároku je skutečnost, že nemusí skládat zálohu na náklady řízení, kterou skládá strana povinná, jakožto žalobce v řízení ohledně zrušení nároku strany oprávněné. V případě využití opravných prostředků pak dodatečné zálohy skládá strana, která opravného prostředku využila.

Nevýhodou řízení o posouzení oprávněnosti nároku strany oprávněné je čas, který toto řízení zabere, včetně veškerých opravných instancí. V konečném důsledku toto řízení může vyústit ve zrušení nároku osoby oprávněné, přičemž po zrušení tohoto nároku může osoba oprávněná podat zcela novou žalobu proti osobě povinné, a to nyní podle obecných předpisů lichtenštejnského procesního práva. K posouzení oprávněnosti nároků tak dojde ještě jednou, přičemž strana oprávněná bude žalobcem a strana povinná žalovaným. Z tohoto pohledu řízení ohledně posouzení nároku přisouzeného osobě oprávněné zahraničním soudem pouze prodlužuje řízení, když na území Lichtenštejnska mohla být od začátku podána běžná žaloba dle lichtenštejnského procesního práva. Tento závěr tedy podporuje názor o praktické nevykonatelnosti cizích soudních rozhodnutí v Lichtenštejnsku.

Shrňme-li výše uvedené, strana oprávněná nemůže požádat o přímé uznání a výkon cizího soudního rozhodnutí v Lichtenštejnsku. Může však podat návrh na vydání platebního příkazu. Strana povinná se pak může tomuto návrhu bránit v řádném soudním řízení, včetně dokazování, a navíc podat návrh na zrušení cizozemského rozhodnutí, který je předmětem zájmu v těchto řízeních.

Ohledně norem mezinárodního práva soukromého, lichtenštejnský okresní soud bude přihlížet k lichtenštejnským vnitrostátním kolizním pravidlům (zejm. obsažené v zákoně *Gesetz über das Internationale Privatrecht*) za účelem určení rozhodného hmotného práva. Pokud pak dojde k závěru, že je rozhodné např. právo České republiky, tak bude lichtenštejnský soud rozhodovat podle hmotných předpisů práva ČR.

Určení rozhodného práva proveden lichtenštejnský okresní soud *ex officio*, tedy návrhy stran v této věci nejsou pro soud závazné. Nicméně strany mohou tyto návrhy podávat. V případě rozhodování dle zahraničních norem, může okresní soud požádat vládu Lichtenštejnska o získání stanoviska ohledně obsahu zahraničního práva, případně může soud ustanovit znalce cizího práva. V tomto ohledu může požádat lichtenštejnský soud o spolupráci na základě Evropské úmluvy o poskytování informací o cizím právu ze dne 7.6.1968.²⁰⁰

Pro shrnutí výše uvedeného tedy zahraniční soudní rozhodnutí není v Lichtenštejnsku automaticky vykonatelné. Na základě zahraničního soudního rozhodnutí může podat osoba oprávněná návrh na vydání platebního rozkazu. Proti platebnímu rozkazu může podat osoba povinná odpor. Následně osoba oprávněná podá návrh na zrušení odporu. V případě, že odpor bude zrušen, musí osoba oprávněná podat návrh na přezkum nároku. Lichtenštejnský soud provede řízení v celém rozsahu včetně dokazování. Hmotněprávní otázky se mohou, v souladu s lichtenštejnským zákonem o mezinárodním právu soukromém, řídit zahraničním právem. Proti rozhodnutím ohledně hmotněprávní oprávněnosti nároků osoby oprávněné lze podat odvolání, dovolání a ústavní stížnost.

²⁰⁰ European Convention on the Information on Foreign Law of 7 June 1968.

8.4 Guernsey

Právní úprava je obdobná jako v Jersey. Rozdíl spočívá v tom, že v Guernsey lze vykonat tzv. *multiple damages* (tj. sankční náhradu škody ve výši přesahující skutečnou škodu a ušlý zisk).

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Guernsey jsou upraveny místním Common Law.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí.

Předpokladem výkonu rozhodnutí je, že se žalovaný podřídil jurisdikci zahraničního soudu, který vydal vykonávané rozhodnutí. Podřízení se jurisdikci je otevřený právní pojem, k jehož naplnění mohou napomoci skutečnosti např., že žalovaný (i) sídlí ve státě zahraničního soudu, který rozhodnutí vydal, nebo (ii) sám zahájil řízení, nebo (iii) se dobrovolně účastnil jednání před tímto zahraničním soudem, nebo (iv) jinak souhlasil s řízením v zahraničí, nebo (v) nesjednal rozhodčí doložku.

Pokud bude shledán alespoň jeden z důvodů neuznání, soud zamítne návrh na uznání nebo provede nové řízení včetně hmotněprávního posouzení věci.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Guernsey jsou následující:

- žalovaný se nepodřídil jurisdikci zahraničních soudů (viz výše);
- nemožnost se zúčastnit řízení;
- nedoručení žaloby žalovanému;
- nedostatek řádného procesu;

- rozhodnutí bylo získáno podvodem;²⁰¹
- veřejný pořádek;
- rozhodnutí se týká daňových nebo trestních věcí; nebo
- zahraniční soud zanedbal imperativní předpisy práva Guernsey.

8.5 Irsko

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Irsku jsou upraveny irskými vnitrostátními předpisy a judikaturou vyšších soudů.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Irsku jsou následující:

- žalovaný neměl na území zahraničního státu provozovnu;²⁰²
- žalovaný se nepodřídil jurisdikci zahraničních soudů²⁰³
- výkon rozhodnutí je v rozporu s irskou ústavou nebo principy irského práva (včetně veřejného pořádku a dodržení základních lidských práv a svobod)

²⁰¹ Soudy Guernsey budou moci pravděpodobně vzít v potaz charakteristiku a spolehlivost zahraničního soudnictví.

²⁰² Tento důvod neuznání může být pověřován také i s ohledem např. na působnost dceřiné společnosti na území státu soudu, který ve věci rozhodl, zejména s otázkou do jaké míry je tato dceřiná společnost autonomní ve svém rozhodování.

²⁰³ Tento specifický důvod vyplývající z anglosaského právního systému se uplatní v některých případech, kdy se žalovaný nezúčastní soudního řízení, ani se jinak výslovně nebo mlčky nepodrobí pravomoci zahraničního soudu. Konkrétní případy se ve vykonávacím řízení v Irsku objevují výjimečně.

- nedostatek pravomoci zahraničního soudu z hlediska irského práva

8.6 Jersey

Právní úprava je obdobná jako v Guernsey. Rozdíl spočívá v tom, že v Jersey (na rozdíl od Guernsey) nelze vykonat tzv. *multiple damages* (tj. sankční náhradu škody ve výši přesahující skutečnou škodu a ušlý zisk).

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Jersey jsou upraveny místním Common Law.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí.

Předpokladem výkonu rozhodnutí je, že se žalovaný podřídil jurisdikci zahraničních soudů. Podřízení se jurisdikci je otevřený právní pojem, k jehož naplnění mohou napomoci skutečnosti např., že žalovaný (i) sídlí v zahraničí, nebo (ii) sám zahájil řízení v zahraničí, nebo (iii) se dobrovolně účastnil jednání před zahraničním soudem, nebo (iv) souhlasil s řízením v zahraničí, nebo (v) nesjednal rozhodčí doložku.

Pokud bude shledán alespoň jeden z důvodů neuznání, soud zamítne uznání nebo provede nové řízení včetně hmotněprávního posouzení věci.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Jersey jsou následující:

- žalovaný se nepodřídil jurisdikci zahraničních soudů (viz výše);
- nemožnost se zúčastnit řízení;

- nedoručení žaloby žalovanému;
- nedostatek řádného procesu;
- rozhodnutí bylo získáno podvodem;²⁰⁴
- veřejný pořádek;
- rozhodnutí se týká daňových nebo trestních věcí;
- rozhodnutí přikazuje sankční náhradu škody, tzv. *multiple damages*²⁰⁵ (tento důvod se jako jediný neuplatní v Guernsey); nebo
- zahraniční soud zanedbal imperativní předpisy práva Jersey.

8.7 Malta

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Maltě jsou upraveny maltským občanským soudním řádem.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí.

Dnem doručení návrhu na výkon rozhodnutí může návrhovátelem požadovat zřízení zástavního práva k majetku povinného za účelem zajištění výkonu rozhodnutí.

Neuznání z důvodů uvedených níže (kromě veřejného pořádku) vede k novému řízení včetně hmotněprávního posouzení věci.

²⁰⁴ Soudy Jersey budou moci pravděpodobně vzít v potaz charakteristiku a spolehlivost zahraničního soudnictví.

²⁰⁵ Podle čl. 5 odst. 3 Protection of Trading Interests Act 1980 (Jersey) Order 1983 „*judgment for multiple damages means a judgment for an amount arrived at by doubling, trebling or otherwise multiplying a sum assessed as compensation for the loss or damage sustained by the person in whose favour the judgment is given.*“

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Maltě jsou následující:

- veřejný pořádek;
- rozhodnutí bylo získáno podvodem;
- nemožnost se zúčastnit řízení;
- nedoručení žaloby žalovanému;
- nedostatek pravomoci zahraničního soudu;
- rozhodnutí neodpovídá žalobě;
- rozhodnutí je vnitřně inkonsistentní;
- věc rozhodnutá;
- rozhodnutí postavené na falešném svědectví;
- nové důkazy, které nemohly být uplatněny; nebo
- rozhodnutí postavené na chybě v řízení nebo v důkazech.

8.8 Nizozemí

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Nizozemí jsou upraveny nizozemským občanským soudním řádem. Specifikem Nizozemí je mezinárodní mnohostranná smlouva,²⁰⁶ která se však vzhledem k absenci nezbytných prováděcích mezinárodních dohod neuplatní.

²⁰⁶ Signatářem této mezinárodní smlouvy jsou pouze Albánie, Kypr, Nizozemí, Portugalsko a Kuvajt. Vzhledem k tomu, že ve vztahu Kypru, Nizozemí a Portugalska se přednostně uplatní právo Evropské unie, má tato úmluva význam pouze ve vztahu k Albánii (se kterou však nebyla uzavřena nezbytná prováděcí dohoda) a Kuvajtu. Tato úmluva má tedy pouze okrajový význam a nejsou známy případy jejího použití ze strany nizozemských soudních institucí.

V případě, že byl naplněn důvod neuznání zahraničního soudního rozhodnutí, přezkoumá nizozemský soud předmětné rozhodnutí ve všech ohledech, včetně hmotněprávních otázek zahraničního práva.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí. Proti nařízení výkonu lze podat odvolání a dovolání.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Nizozemí jsou následující:

- pravomoc zahraničního soudu byla založena v rozporu s mezinárodně uznávanými standardy;²⁰⁷
- výlučná pravomoc nizozemského soudu;
- veřejný pořádek; nebo
- nedostatek řádného procesu.²⁰⁸

8.9 Polsko

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí v Polsku jsou upraveny polským občanským soudním řádem.

S návrhem na nařízení výkonu soudního rozhodnutí je nutno předložit překlad (i) úplného vyhotovení rozhodnutí, jakož i potvrzení o jeho právní moci, (ii) dokladu o tom, že žalovanému byla doručena žaloba.²⁰⁹

²⁰⁷ Tuto podmínku zkoumá soud pouze na návrh strany povinné. Nizozemský soud není vázán stanoviskem zahraničního soudu o jeho pravomoci.

²⁰⁸ Nizozemský soud se mj. zaměří na otázku, zda byl žalovaný řádně obeznámen s probíhajícím řízením, a také zda je rozhodnutí zahraničního soudu řádně odůvodněno.

²⁰⁹ Tento doklad není požadován v případech, kdy se žalovaný aktivně účastnil řízení.

Výkon rozhodnutí nařizuje soud. V řízení může žalovaný uplatnit důvody neuznání rozhodnutí.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí v Polsku jsou následující:

- výlučná pravomoc polských soudů;
- věc dříve rozhodnutá;
- před polským soudem probíhá dříve zahájené řízení;
- nedoručení žaloby žalovanému;
- nemožnost se zúčastnit řízení; nebo
- rozpor s veřejným pořádkem.

8.10 Švýcarsko

Podmínky pro uznání a výkon zahraničních soudních rozhodnutí ve Švýcarsku jsou upraveny švýcarským zákonem o mezinárodním právu soukromém.

Švýcarský zákon o mezinárodním právu soukromém obsahuje ustanovení, podle kterého má zahraniční soud pravomoc ve věci rozhodnout pouze, pokud (i) tak stanoví tento zákon, (ii) osoba povinná má sídlo (provozovnu) v zahraničním státě, (iii) strany so dohodly na pravomoci zahraničního státu, (iv) osoba povinná nevznesla námitku proti pravomoci zahraničnímu soudu nebo (v) pokud zahraniční soud rozhodl o protinároku, přičemž tento byl spojen s hlavním nárokem, o kterém právoplatně rozhodl zahraniční soud téhož státu.

Důvody neuznání zahraničního soudního rozhodnutí ve Švýcarsku jsou následující:

- veřejný pořádek;

- nedoručení žaloby žalovanému;
- věc dříve rozhodnutá;
- věc dříve zahájená; nebo
- porušení základních principů švýcarského procesního práva.

9. REKODIFIKACE ČESKÉHO CIVILNÍHO PRÁVA

Počátkem kalendářního roku dojde k významné změně českého civilního práva. Dne 1. ledna 2014 vstoupí pravděpodobně v účinnost č. 89/2012 Sb., občanský zákoník (dále jen „**NOZ**“), zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích a družstvech (dále jen „**ZOK**“), zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém (dále jen „**NZMPS**“) a další související zákony. Tato, za posledních padesát let, největší rekodifikace soukromého práva, přinese významné změny českého právního prostředí a podstatně zasahuje také dočasnou úpravu mezinárodního práva soukromého, občanského a obchodního práva v současném pojetí. V této kapitole č. 9 je níže čtenáři poskytnut přehled nejdůležitějších změn, přičemž jednotlivé relevantní detaily jsou dále rozpracovávány v průběhu této disertační práce.

Nehledě na informace uvedené v této práci existuje riziko, že účinnost rekodifikace bude odložena na pozdější datum, případně, že účinné znění bude obsahovat jinou právní úpravu, než která je zde popisována. V době vyhotovení této disertační práce totiž stále probíhá příprava navazujících speciálních předpisů, které v souvislosti s aktuálními diskuzemi mohou vyvolat nové změny již přijatých rekodifikačních předpisů. V návaznosti na finální znění rekodifikačních předpisů je pak možné, že bude nutné některé závěry zde uvedené modifikovat.

9.1 Hlavní změny v oblasti práva společností

Společnost s ručením omezeným

Obchodní podíl společnosti s ručením omezeným bude moci být nově vtělen do cenného papíru, tzv. kmenového listu. Kmenový

list bude moci být vydán pouze ve společnostech, převoditelnost jejíchž obchodních podílů není omezená.²¹⁰

Akciová společnost

Akciová společnost je v ZOK upravena v jeho § 243 – 551 a přináší oproti současné úpravě v ObchZ mnoho novinek.

Jednou z nejzásadnějších změn je možnost volby, zda bude akciová společnost zřízená s monistickou strukturou nebo dualistickou. Monistickou strukturou je taková, ve které má akciová společnost představenstvo a dozorčí radu, stejně jak stanoví současná úprava v ObchZ. Dualistickou úpravu zná český právní řád již z úpravy Evropské (akciové) společnosti, kde namísto představenstva a dozorčí rady vykonává řídicí i kontrolní činnost správní rada, doplněna o statutárního ředitele.

Statutární ředitel v akciové společnosti s monistickou strukturou vykonává funkci statutárního orgánu. Správní rada pak vykonává funkci kontrolní a také určuje zásady obchodního vedení, který pak statutární ředitel na denní bázi naplňuje.

Osobně vidím velmi pozitivní přínos ve snížení počtu osob, které musí minimálně být dosazeni do akciové společnosti tak, aby fungovala. Podle současné úpravy jsou to minimálně 4 osoby, tj. v případě, že akcie ve společnosti drží jediný společník (což lze docílit mj. dosazením SPV mezi společnost a beneficial owners), lze mít v akciové společnosti pouze jednoho člena představenstva a tři členy dozorčí rady. Počet členů dozorčí rady není podle současné právní úpravy možno legálně snížit. Úprava monistické struktury akciové společnosti umožňuje podnikatelům snížit počet fyzických osob v orgánech na jedinou osobu, tj. předsedu správní rady, který zároveň

²¹⁰ Viz např. SEEMANOVÁ, J., POKORNÁ, M.: *Společenská smlouva společnosti s ručením omezeným dle ZoK*, Ad Notam 1/2013, s. 5, dostupný na internetu <<https://www.beck-online.cz>>.

vykonává funkci statutárního ředitele. Takto lze u akciové společnosti díky nové úpravě v ZOK snížit personální náklady na vedení akciové společnosti na minimum.²¹¹

Zcela podstatným zásahem ZOK do stávající úpravy akciové společnosti jsou nová pravidla týkající se akcií. Nyní může akciová společnost vydávat takové akcie, které nejsou v zákoně výslovně uvedeny.

Podle současné úpravy může akciová společnost emitovat akcie kmenové (tedy běžné) a prioritní. Pokud tak stanoví společenská smlouva nebo stanovy, lze odejmout prioritním akciím hlasovací práva. Prioritní akcie může společnost vydat pouze do 50% svého základního kapitálu.

ZOK nově u prioritních akcií stanoví, že jsou to akcie automaticky bez hlasovacích práv (ledaže stanovy určí jinak). Tyto prioritní akcie může společnost emitovat až do 90% svého základního kapitálu.

Kromě prioritních akcií může akciová společnost emitovat akcie se zvláštními druhy práv. Tato práva jsou zákonem vymezena pouze demonstrativním způsobem. Takovým akciím lze určit větší počet hlasovacích práv (případně tato hlasovací práva rozdělit u jednotlivých akcií do skupin, např. zakotvit právo veta, dát některému z akcionářů rozhodující vliv na určitou činnost společnosti), prioritní právo na výplatu dividendy, případně jiná práva, která nejsou v rozporu s dobrými mravy.

Kromě druhů akcií zmíněných výše může akciová společnost vydat akcie, které nemají nominální hodnotu, ale podle svého počtu určují podíl, v jehož výši se jednotlivé akcionáři účastní na vlastním

²¹¹ Tato úvaha se týká spíše jednoduchých, případně malých podnikatelských záměrů nebo využití a.s. jako SPV v koncernu.

kapitálu akciové společnosti. Tyto akcie se jmenují kusové. Pro některé způsoby mohou být praktické. Podíl na společnosti, na kterém se akcionář vlastníci kusové akcie podílí, se zjistí poměrem počtu všech emitovaných kusových akcií k základnímu kapitálu společnosti. V případě, že společnost bude emitovat další kusové akcie, tak se ostatním akcionářům jejich poměr bude proporcionálně snižovat. O emisi nových kusových akcií rozhoduje valná hromada většinou svých hlasů, z čehož je zřejmé, že by nemuselo být výhodné vlastnit balíček kusových akcií v takové výši podílu na základním kapitálu, kdy by mohl většinový akcionář jednostranně snížit váhu akcií minoritních akcionářů, v případě kdy nepanuje jasná důvěra (případně konkrétní společenská smlouva) s většinovým akcionářem.

Jedno z rizik, které nová úprava ZOK přináší, spočívá v novelizované úpravě zatímních listů. Nově, při založení společnosti nebo zvýšení základního kapitálu, v případě, kdy upisovatel nesplatil svůj vklad v plné výši, akciová společnost dle dispozitivní úpravy nemusí vydat zatímní list. Upisovatel však akcionářem zůstává, vlastní tzv. nevtělených akcií. Riziko spočívá v tom, že tyto nevtělené akcie lze převádět, přičemž není stanovena povinnost písemné smlouvy. Mohlo by tedy dojít k sérii netransparentních převodů a společnost by obtížně ověřovala komu má skutečně vydat akcie,²¹² případně by mohlo být rizikové tyto nevtělené akcie od kohokoliv nabývat, případně přijímat do zástavy nebo s nimi jakkoliv nakládat. Při obchodním styku s akcionáři, kteří disponují nevtělenými akciemi lze doporučit alespoň řádnou kontrolu stanov společnosti a seznamu akcionářů, kde by měli být všichni akcionáři řádně vedeni.

Novinka se také týká v současnosti kritizovaných akcií na majitele v listinné podobě. Ty podle ZOK již nebude možné vydat. Zvýší se tedy transparence podnikatelského prostředí, nově budou

²¹² Jednoznačný souhlas společnosti s převodem nevtělené akcie v ZOK ani v NOZ obsažen není.

muset být akcie na majitele vydány jako zaknihovaný nebo imobilizovaný cenný papír.²¹³ V současné době není v zákonech řešeno, jak bude naloženo s listinnými akciemi na majitele, které se na trhu nyní nachází.

V současné době probíhá na půdě Parlamentu ČR schvalování zákona o některých opatřeních ke zvýšení transparentnosti akciových společností.²¹⁴ Podle vládního návrhu zákona dojde k nucené změně formy akcie, podle § 2 odst. 1 návrhu zákona dojde k tomu, že „[k] 1. lednu 2014 se mění listinné akcie na majitele, které nejsou imobilizovány, na listinné akcie na jméno; k tomuto dni rovněž dochází k odpovídající změně stanov společnosti. K účinnosti změny formy podle věty první se nevyžaduje zápis do obchodního rejstříku.“ Pokud dojde ke schválení tohoto zákona, tak již nebude možné držet tzv. anonymní akcie.

Bylo by mylné se domnívat, že zákaz anonymních akcií zcela ztransparentní korporátní struktury, a že kvůli tomu bude vždy možno se dopátrat konečného vlastníka (tzv. beneficial owner) akcií. To zajisté není pravda. Existuje způsob jak zakrýt skutečného vlastníka, a to tak, že za společníka bude dosazena jiná osoba. To může být učiněno v rámci tzv. nominee služeb,²¹⁵ případně společnost může být zařazena do holdingu zahraniční společnosti, která sídlí v jurisdikci, kde obchodní rejstřík není přístupný veřejnosti. Stejně jako u anonymních akcií, pokud skutečný vlastník získá z takto neprůhledné společnosti nějaký zisk a je přitom daňovým rezidentem

²¹³ Těmi „jsou listinné cenné papíry, které jejich emitent uložil podle smlouvy o úschově cenných papírů do hromadné úschovy. Takto uložený cenný papír je vydán dnem předání listiny schovateli ve prospěch jejího vlastníka.“ Viz HENDRYCH, D. a kol., Právníký slovník, Praha 2009, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>.

²¹⁴ Viz sněmovní tisk 715, dostupný na <<http://www.psp.cz/sqw/historie.sqw?o=6&t=715>>.

²¹⁵ Nominee služby se staly hitem poslední doby, společníka i jednatele lze sehnat již za poplatek od cca 1.000 Euro ročně. Viz např. nabídka na internetu <<http://www.hotfirm.cz/cenik/>> nebo <<http://www.spolecnostionline.cz/provoz-spolecnosti/nominee-sluzby.html>> .

v České republice, tak by měl přiznat zisk v České republice a zaplatit tomu odpovídající daň ze zisku.

Listinné akcie na majitele byly již v minulosti zrušeny ve Slovenské republice. V České republice se udržely poměrně dlouho. Lze předpokládat, že tato dlouhá doba se také odvíjí od množství vlastníků těchto akcií, kteří aktivně lobují za udržení těchto akcií na majitele. Přece jen, dodatečné zakrytí struktury po odstranění těchto akcií něco stojí (viz také zmínka o nominee services v kapitole č. 4.2 této disertační práce) a přináší riziko zprostředkovatele.²¹⁶ Vlastníci listinných akcií na majitele, kteří chtějí zůstat v anonymitě, by měli v průběhu roku 2013 vyřešit převod akcií na jiný, jim důvěryhodný subjekt.

Kromě výše uvedeného a jiných mnohých změn lze uvítat změnu koncepce základního kapitálu akciové společnosti, který lze nově denominovat v Eurech. To je samozřejmě výhodné pro společnost konsolidované do nadnárodního koncernu. Mohou pak uvádět účetní závěrku v Eurech a nemusí přepočítávat výsledky na koruny české. Minimální výše základního kapitálu zůstává na 2 mil. Kč.²¹⁷ Nominální hodnota jednotlivé akcie není stanovena, a tak může být klidně i 1 Kč nebo i nižší.

Zásadní změnou, která usnadní živobytí²¹⁸ mnoha podnikatelů je možnost výplaty záloh na podíl na zisku. Takovou zálohu lze však vyplatit pouze na základě mezitímní účetní závěrky. Může být tedy

²¹⁶ Za kolik peněz je nominee schopen podvést skutečného vlastníka a vyvést jeho majetek z firmy? Bude pak skutečný vlastník moci požadovat tento majetek z politických důvodů zpět? Případně dosáhne vůbec vlastník na nomineeho z daňových rájů např. na Karibských ostrovech? Toto jsou dotazy a rizika, které dnes napadají mnohé vlastníky listinných akcií na majitele v souvislosti s plánovaným odkrytím jejich vlastníků.

²¹⁷ Založení na základě veřejné nabídky podle § 164 a násl. ObchZ se základním kapitálem ve výši 20 mil Kč bylo novým ZOK bez náhrady vypuštěno. V praxi se takovéto založení vůbec nevyužívá.

²¹⁸ Případně tato novinka zamezí jinému problematickému odlivu financí ze společnosti ve prospěch akcionářů.

praktické o výplatě uvažovat pokaždé, když se mezitímní účetní závěrka bude připravovat i z jiných důvodů. Dále musí být splněna podmínka, že zálohu na zisk lze vyplatit pouze v případě, že společnosti touto výplatou nemůže být způsoben úpadek.²¹⁹

9.2 Hlavní změny v oblasti financování

Podstatné změny se týkají oblasti zajištění úvěrů, a to z důvodů strukturálních změn obchodních společností (korporací) a také změn právní úpravy zástavního práva.

Změny v úpravě zástavního práva

NOZ v souvislosti s novým pojetím věci rozšiřuje okruh majetku, ke kterému může být zřízeno zástavní právo. Podle § 1310 odst. 1 NOZ „*zástavou může být každá věc, s níž lze obchodovat*“. Zástavou tak může být pohledávka (včetně nově upraveného práva stavby), cenný papír, podíl v obchodní společnosti (obchodní korporaci), může jí být i věc hromadná.²²⁰

Nově bude podle ustanovení § 1319 NOZ možné zapsat zástavní právo do veřejně přístupného rejstříku zástav (obdoby dnešního Rejstříku zástav vedeného Notářskou komorou české republiky užívané zejména v případech, kde je pro zřízení zástavního práva nutný notářský zápis). Praktickým důsledkem je mj., že pro vznik zástavního práva není nutné věc fyzicky předávat, což by mohlo být v některých případech obtížné.

²¹⁹ Další podmínky výplaty záloh na zisku (a podílu na zisku samotného) jsou stanoveny v § 350 ZOK.

²²⁰ Problematickým může být určení toho, zda lze zřídit zástavní právo ke zvířeti když podle § 494 NOZ „*živé zvíře má zvláštní význam a hodnotu již jako smysly nadaný živý tvor. Živé zvíře není věcí a ustanovení o věcech se na živé zvíře použijí obdobně jen v rozsahu, ve kterém to neodporuje jeho povaze*“. Osobně zastávám názor, že by mělo být na místě zástavy zvířat umožnit alespoň tam, kde jejich chov spíše naplňuje stránku podnikání, a to jako součást určitého podniku (závodu).

Podle NOZ lze nyní při sjednávání zástavního práva zakázat zřízení dalšího zástavního práva k nemovité věci (takové ujednání bylo podle současné judikatury neplatné). Po splatnosti zajištěné pohledávky lze také sjednat propadnou zástavu. Tyto změny lze více než přivítat, když pomohou více zajišťovat práva věřitelů a ti tedy budou více ochotni financovat více podnikatelských projektů.

Ovšem již zcela nepovedená je úprava výkonu zástavního práva. Tak např. podle § 1365 odst. 1 NOZ *„[u]jedná-li se, že zástavní věřitel může zástavu prodat jiným způsobem než ve veřejné dražbě, je povinen postupovat při prodeji s odbornou péčí v zájmu svém i v zájmu zástavního dlužníka tak, aby zástavu prodal za cenu, za kterou lze srovnatelnou věc obvykle prodat za srovnatelných okolností na daném místě a v daném čase.“* Podle mého názoru je tato zcela popírá výhody takové dohody, když právě výkon zástavního práva by měl probíhat ku prospěchu věřitele (a nikoliv dlužníka v prodlení), a tak by mělo být s ohledem na rychlost prodeje možné prodat zástavu i za cenu nižší než za cenu obvyklou.

To ale ještě nic není. Korunku nasadila úprava výkonu zástavního práva k cenným papírům, přijatým k obchodování na regulovaném trhu. Podle § 1359 odst. 1, věta druhá NOZ *„[j]e-li zástavou cenný papír přijatý k obchodování na evropském regulovaném trhu, prodá se na tomto trhu nebo i mimo tento trh nejméně za cenu určenou evropským regulovaným trhem.“* S takovouto definicí reálné ceny nelze souhlasit, a to z toho důvodu, že zcela zanedbává vliv likvidity trhu na cenu akcie. Na Burze cenných papírů Praha leží např. tituly, se kterými se udělá pouze několik obchodů za rok a zbytek roku je kótovaná cena pouze jakýmsi odhadem, nikoliv však tržní cenou, za kterou by akcii koupili nebo prodali svobodně uvažující obchodníci. Navíc se úprava v NOZ nevypořádala s problémem arbitráže, kdy se může stát, že některé společnosti kotují své cenné papíry na více regulovaných trzích a na

těchto trzích dosahuje cenný papír jiné ceny. Zakotvení minimální ceny na základě kótované ceny je tak kardinální chybou a zcela více na místě bylo ponechat definici ve smyslu reálné ceny podle zákona o účetnictví, která je navíc běžně používaná v IFRS, případně ponechat úpravu bez stanovení minimální ceny, a to s ohledem na ochranu zájmu strany, která byla poškozená a jedná po právu.

9.3 Hlavní změny v novém ZMPS

I přes to, že původní ZMPS byl velmi stálým předpisem (do jeho znění zasahovaly spíše novely týkající se technického rázu, jako byla změna pojmosloví v návaznosti na vstup České republiky do Evropské unie nebo přijetí nového zákona č. 182/2006 Sb. o úpadku a způsobech jeho řešení) se ZMPS mění v mnoha svých ohledech. Tyto změny navazují hlavně na změny v NOZ, když by vedle této nové úpravy musel být ZMPS i tak zcela zásadně novelizován. Hlavní změny, relevantní pro obchodní vztahy, jsou v detailu nastíněny níže.

Změny v systematice ZMPS

Systematika původního ZMPS změnou pořadí některých funkčních celků ZMPS, ty jdou nyní v pořadí (i) obecná ustanovení, (ii) obecná ustanovení mezinárodního práva procesního, (iii) obecná ustanovení mezinárodního práva soukromého, (iv) ustanovení pro jednotlivé druhy soukromoprávních poměrů, (v) právní pomoc ve styku s cizinou, (vi) řízení o úpadku a (vii) rozhodčí řízení a výkon rozhodčích nálezů. NZMPS je tak přehledně složen z logických celků, které jdou za sebou od obecného ke zvláštnímu.

Rozsah předmětu úpravy NZMPS

Zcela nově je v ZMPS zařazena právní úprava právnických osob (otázek jejich způsobilosti), směnečné a šekové způsobilosti, otázky zastoupení, úprava registrovaného partnerství a obdobných poměrů, svěřenského fondu, některé otázky dědictví, úpravy cenných

papírů a rozhodčího řízení a uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů.

NZMPS nově přebírá úpravu nutně použitelných ustanovení právních předpisů tak, jak jsou upraveny v čl. 9 odst. 2 nařízení Řím I a čl. 16 nařízení Řím II. Podle ustanovení § 3 ZMPS „[u]stanovení tohoto zákona nebrání použití těch ustanovení českého právního řádu, kterých je nutné v mezích jejich předmětu úpravy použít vždy bez ohledu na to, kterým právním řádem se řídí právní poměry, v nichž se projeví účinky použití takových ustanovení.“

Dále byl do NZMPS zakomponováno pravidlo známé z evropského i mezinárodního (zejména procesního práva) týkající se veřejného pořádku. Zahraničního právního řádu nelze podle § 4 NZMPS použít, pokud by se účinky takového použití zjevně přičily veřejnému pořádku.

Změny v oblasti mezinárodního práva procesního

Změny se dotýkají imunity cizích států. Podle původní úpravy se nerozlišovalo, zda stát jedná v souvislosti s výkonem své státní moci nebo v rámci soukromoprávních vztahů.²²¹ Nově se imunita vztahuje pouze na jednání učiněné „při výkonu jejich státních, vládních a jiných veřejných pravomocí a funkcí“. ²²² Nově je tak absolutní imunita cizích států pragmaticky zúžená na imunitu funkční.²²³

Způsobilost cizince být účastníkem řízení a jeho procesní způsobilost se nyní nově podle § 9 NZMPS řídí místem jeho obvyklého pobytu (není-li způsobilý podle českých právních

²²¹ Podle § 47 odst. 1 ZMPS „[p]ravomoci československých soudů nejsou podrobeny cizí státy a osoby, jež podle mezinárodních smluv nebo jiných pravidel mezinárodního práva anebo zvláštních československých právních předpisů požívají v Československé socialistické republice imunity“.

²²² Viz § 7 odst. 1 NZMPS.

²²³ Viz také důvodová zpráva k § 7 NZMPS.

předpisů). Podle ZMPS se použilo právo místa lex patriae, tedy místa státu, kterého je cizinec příslušníkem.²²⁴ Cizinci lze odpustit soudní poplatky a zálohy je-li cizinec občanem členského státu Evropské unie, případně pokud je zaručena vzájemnost.²²⁵

Ohledně zjišťování vzájemnosti platí až do účinnosti NZMPS, že Ministerstvo spravedlnosti poskytuje prohlášení o vzájemnosti konkrétních zemí a toto prohlášení je závazné pro orgány státní moci. Od 1. ledna 2014 bohužel dochází k tomu, že stanovisko Ministerstva spravedlnosti o vzájemnosti podle § 13 bude použitelné před orgánem státní moci pouze jako běžný důkaz, nebude závazné.

Uznání a výkon cizích rozhodnutí

K jednomu ze současných důvodů, kvůli kterým nelze uznat pravomocná cizí rozhodnutí se přidává výjimka. Bude tedy platit nově, že rozhodnutí nelze uznat pokud „*věc náleží do výlučné pravomoci českých soudů, nebo jestliže by řízení nemohlo být provedeno u žádného orgánu cizího státu, kdyby se ustanovení o příslušnosti českých soudů použilo na posouzení pravomoci cizího orgánu,*“, přičemž nově je stanovena výjimka „*ledaže se účastník řízení, proti němuž cizí rozhodnutí směřuje, pravomoci cizího orgánu dobrovolně podrobil*“. Taková výjimka je podle mého názoru zcela na místě, nicméně ji bude nutno vykládat restriktivně.

Další důvody, kvůli kterým nelze vykonat cizí rozhodnutí zůstávají beze změny – (i) lis pendens, (ii) res iudicata, (iii) nemožnost se řádně účastnit řízení (případně absence informace o

²²⁴ Viz § 49 a § 3 ZMPS.

²²⁵ NZMPS neupravuje otázku, se kterým státem má být vzájemnost zaručena, zda se státem, jehož je cizinec státním příslušníkem nebo v němž má obvyklý pobyt. Přikláním se k tomu, že by mělo být spravedlivé, aby stačila vzájemnost ve státě místa alespoň jednoho z nich.

takovém řízení), (iv) pokud by se rozhodnutí přičilo veřejnému pořádku a (vi) pokud není zaručená vzájemnost.²²⁶

S ohledem na uznání a výkon cizích rozhodnutí je nutno upozornit na existenci mezinárodních smluv upravujících právní pomoc (zahrnujíc v to také uznání a výkon rozhodnutí). Česká republika není stranou žádné mezinárodní multilaterální smlouvy o právní pomoci.²²⁷ Česká republika je však členem mnoha bilaterálních smluv, které byly uzavírány se zeměmi bývalého socialistického bloku a jsou nyní starší než 50 let. Doba uzavření úmluv odpovídá také jejich textu. Vymáhání soudních nároků cizinci může být mnohem úspěšnější s přihlédnutím, že důvody odmítnutí výkonu rozhodnutí jsou mnohem užší. Tak např. Smlouva mezi Československou republikou a Rumunskou lidovou republikou o právní pomoci ve věcech občanských, rodinných a trestních²²⁸ vůbec neobsahuje možnost odepřít uznání a výkon rozhodnutí z důvodů lis pendens, vzájemnosti a veřejného pořádku.

Odkaz na bilaterální úmluvy výše se uplatní u soudních rozhodnutí. Co se týče rozhodčích nálezů, tak tyto budou vykonány podle dnes již legendární New Yorské úmluvy.²²⁹ Tato je sice z padesátých let, ale obsahuje veškeré standardní důvody, pro které nelze rozhodčí nález vydat

Obecná úprava ZMPS

- Výslovná úprava kvalifikačního problému

²²⁶ Viz § 15 NZMPS.

²²⁷ Zdroj viz seznam mezinárodních smluv vedený Ministerstvem zahraničních věcí České republiky, dostupný na internetu
<[http://www.mzv.cz/jnp/cz/vyhledavani_smluv/index\\$45924.html](http://www.mzv.cz/jnp/cz/vyhledavani_smluv/index$45924.html)>.

²²⁸ Publikovaná v ČR pod č. 31/1959 Sb.

²²⁹ Viz vyhláška č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o *Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů*.

Na rozdíl od původní úpravy v ZMPS upravuje NZMPS nově v ustanovení § 20 kvalifikační problém. Kvalifikační problém je jednou z teoreticky nejobtížnějších otázek mezinárodního práva soukromého.²³⁰ Vzniká při určování rozhodného práva v případech, kdy musíme podřadit určité otázky pod právní pojem v rozsahu kolizní normy.²³¹ Komplikace tak nastává ve chvíli, kdy se rozhodujeme, podle kterého právního řádu tuto otázku posoudíme. Rozdíl může být např. v tom, že některé otázky se budou v jednotlivých právních řádech lišit podle toho, zda spadají do hmotného nebo procesního práva (typicky otázka promlčení) nebo zmiňované je rozdílné posouzení majetkových otázek úmrtí manžela kvůli tomu, že jej různé právní řády řadí pod dědické a jiné právní řády pod otázky likvidace SJM upravené od dědického práva odlišně.

Řešení kvalifikačního problému podle NZMPS je zcela v souladu s tím, co ještě před účinností NZMPS prosazovala právní věda.²³²

- Zpětný a další odkaz

Modifikovaná je úprava zpětného odkazu.²³³ Podle dispozitivního ustanovení § 21 odst. 2 NZMPS se ke zpětnému ani dalšímu odkazu nepřihlíží v poměrech závazkových a pracovního práva.

Pokud jde o jiné věci, ke zpětnému i dalšímu odkazu se přihlíží pouze jednou. Pokud zákony státu, na jehož právní řád odkázala

²³⁰ Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 141 a násl.

²³¹ Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 141.

²³² Viz § 20 NZMPS a učebnice autora NZMPS: KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 141 a násl..

²³³ Viz § 21 NZMPS.

ustanovení práva rozhodného dle českých předpisů, dále odkazují na jiný právní řád, použijí se hmotněprávní ustanovení českého práva.²³⁴

- Předběžné otázky

Ohledně předběžných otázek platí, stejně jako u kvalifikačního problému, to, že ačkoliv nebyly ze strany ZMPS řešeny, dostatečně jasně je definovala²³⁵ a řešení poskytovala právní věda.²³⁶ Řešení, které poskytuje právní věda, je shodné s tím, co bylo následně inkorporováno do § 22 NZMPS.

Osobní statut fyzické a právnické osoby a jejich jednání

Změna se týká rozhodného práva, kterým se řídí způsobilost k právním úkonům (tzv. osobní statut). Podle § 29 odst. 1 ZMPS „[p]rávní osobnost a svéprávnost se řídí, nestanoví-li se v tomto zákoně něco jiného, právním řádem státu, v němž má osoba obvyklý pobyt“.²³⁷ Postačí však, aby byla k jednání způsobilá podle práva státu, v němž právní úkon činí.²³⁸ Podle ZMPS byla úprava rozdílná, přičemž se osobní statut řídil právem státu, jehož státním příslušníkem jednající osoba je.

Osobní statut právnické osoby byl doposud upraven v § 22 ObchZ,²³⁹ který vychází z inkorporační zásady, když se právní způsobilost posoudí podle práva státu, podle kterého byla založena.

²³⁴ Viz § 21 odst. 1 NZMPS.

²³⁵ Předběžné otázkou je podle mezinárodního práva soukromého otázka existence skutečnosti nebo právního poměru, na kterých závisí jiné právní účinky, a které mohou být v jiné souvislosti předmětem samostatného posouzení. Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 165

²³⁶ Viz KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání, str. 165 a násl.

²³⁷ Viz § 29 odst. 1 ZMPS.

²³⁸ Viz § 29 odst. 2 ZMPS.

²³⁹ Viz § 22 ObchZ, který stanoví, že „[p]rávní způsobilost, kterou má jiná než fyzická zahraniční osoba podle právního řádu, podle něhož byla založena, má rovněž v oblasti českého právního řádu. Právním řádem, podle něhož byla tato osoba založena, se řídí i její vnitřní právní poměry a ručení členů nebo společníků za její závazky“.

NZMPS zachovává inkorporační přístup ve svém § 30 odst. 1²⁴⁰ a přejímá i další související pravidla z ObchZ, konkrétně, že v České republice nelze založit právnickou osobu podle jiného než českého práva, a že způsobilost k jednání v běžných záležitostech se posoudí podle práva místa, kde tato právnická osoba jednala.

Zastoupení

V praxi mnohdy vznikala otázka, jakým právem se řídí plná moc a zda lze v plné moci právo, podle kterého je udělena, určit. Volbu práva provést v této věci nebylo možné, protože ta je podle § 9 ZMPS možná pouze v majetkových vztazích na základě dohody.²⁴¹ Nařízení Řím I ze své působnosti plné moci výslovně vylučuje²⁴² a ZMPS se zmocnění výslovně nevěnuje. Na otázku bylo nutno použít § 4 ZMPS, týkajícího se platnosti právních úkonů. Otázce zmocnění se také věnovala akademická sféra v souvislosti s právem rozhodným pro plnou moc k uzavření rozhodčí smlouvy s tím, že „[v] praxi *Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR* bylo v několika případech rozhodnuto, že se otázka zastoupení (plné moci) a platného uzavření smlouvy zmocněncem posuzuje podle práva domovského státu zastoupeného, příp. práva platného v sídle zastoupeného, přičemž

²⁴⁰ Podle § 30 odst. 1 NZMPS „[p]rávní osobnost právnické osoby a způsobilost jiné než fyzické osoby se řídí právním řádem státu, podle něhož vznikla. Tímto právním řádem se řídí i obchodní firma nebo název a vnitřní poměry takové osoby, poměry mezi takovou osobou a jejími společníky nebo členy a vzájemné poměry společníků nebo členů, ručení společníků nebo členů za závazky takové osoby a kdo za osobu jako její orgán jedná, jakož i její zánik“.

²⁴¹ Stejně tak i nařízení Řím I ve svém čl. 3 odst. 1 a 2 stanoví, že „1. Smlouva se řídí právem, které si strany zvolí. Volba musí být vyjádřena výslovně nebo jasně vyplývat z ustanovení smlouvy nebo okolností případu. Strany si mohou zvolit právo rozhodné pro celou smlouvu nebo pouze pro její část.

2. Strany se mohou kdykoli dohodnout, že se smlouva bude řídit jiným právem, než kterým se dosud řídila v důsledku předchozí volby podle tohoto článku nebo na základě jiných ustanovení tohoto nařízení. Žádná změna rozhodného práva provedená po uzavření smlouvy se nedotýká její formální platnosti podle článku 11 a ani se nepříznivě nedotýká práv třetích osob.“

²⁴² Podle čl. 1 odst. 2 písm. g) se nařízení Řím I nevztahuje na „otázku, zda může zmocněnec zavazovat vůči třetí osobě osobu, na jejíž účet tvrdí, že jedná, nebo zda může orgán obchodní společnosti sdružení nebo právnické osoby tuto obchodní společnost, sdružení nebo právnickou osobu zavazovat vůči třetí osobě“

*v jednom případě byly účinky na území Československa posouzeny podle čs. práva. V některých rozhodčích nálezích bylo právo rozhodné pro hlavní smlouvu aplikováno také na otázku oprávnění zástupce jednat jménem zastoupeného.*²⁴³

Výslovná úprava v § 44 NZMPS v zásadě odpovídá tomu, co dovodila právní věda a praxe Rozhodčího soudu při HK ČR a AK ČR. Nová úprava stanoví, že jednání učiněné zmocněncem je pro zmocnitele závazné, pokud by tomu tak bylo alespoň podle jednoho z (i) místa jednání, (ii) sídla zmocnitele, (iii) sídlo nebo pobyt zmocněnce nebo (vi) místo kde je nemovitá věc. Postačí však, bylo-li by jednání zmocněnce závazné podle právního řádu, kterým se má řídit právní poměr založený zmocněncem na základě plné moci.²⁴⁴

Věcná práva

Změna oproti stávající úpravě ZMPS²⁴⁵ se týká vzniku a zániku věcných práv k movitým věcem. Nově se stanoví, že se „[v]znik a zánik vlastnického práva k hmotným věcem movitým, které se převádějí na základě smlouvy, se řídí právním řádem, kterým se řídí smlouva, která je základem pro vznik nebo zánik vlastnického práva“.²⁴⁶ Do budoucna tak odpadá tzv. mobilní konflikt, který nastával v důsledku přeshraničního pohybu věcí v čase. Další pozitivní přínos má tato úprava v tom, že liberalizuje smluvní vztahy. Podle NZMPS bude možno určit právo zřízení zástavního práva dalekého státu, aniž by tam musela být fyzicky dopravena. Z praxe

²⁴³ Viz PAUKNEROVÁ, M. *Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraničí – otázky rozhodného práva*, Právní rozhledy 12/2003, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>.

²⁴⁴ Související kolizní úprava formy plné moci a překročení zmocnění je obsažena v § 44 odst. 4 a 5 ZMPS.

²⁴⁵ Viz § 6 ZMPS podle kterého „[v]znik a zánik věcných práv k věcem movitým řídí se právem místa, kde věc byla v době, kdy nastala skutečnost, která zakládá vznik nebo zánik tohoto práva. Jde-li o věc, která se podle smlouvy přepravuje, posuzuje se vznik a zánik těchto práv podle práva místa, odkud byla věc odeslána.“

²⁴⁶ To neplatí ohledně plavidel a letadel, u kterých ze vznik a zánik věcných práv posuzuje podle práva, ve kterém je veden jejich rejstřík. Ohledně plavidel se doporučuje Panama nebo Sejšely.

je znám např. případ, kdy k tomu, aby bylo zřízeno zástavní právo k letadlu podle práva státu New York, muselo letadlo z Prahy skutečně odletět do New Yorku a být tam v okamžiku podpisu zástavních smluv. Takové martyrie snad s příchodem NZMPS již nebudou hrozit.

Ustanovení ZMPS upravují i svěřenský fond, což je nový institut správy majetku podle NOZ (viz kapitola č. 9.6 této disertační práce níže). § 73 NZMPS v první řadě stanoví, že právo, kterým se řídí svěřenský fond, může svobodně určit jeho zakladatel. Akcentuje se tak volnost v soukromoprávních vztazích. Pouze pokud není rozhodné právo stanoveno zakladatelem, tak se uplatní podpůrná pravidla jeho určení, tedy by to mělo být právo státu, s nímž svěřenský fond nejúžeji souvisí, přičemž jsou dány i mantinely dle kterých se úzká souvislost bude posuzovat.²⁴⁷

Práva duševního vlastnictví

Práva duševního vlastnictví jsou pro mezinárodní obchod velmi důležitá a jejich užívání může být také prostředkem k daňové optimalizaci. Prakticky jsou licenční smlouvy jako právní důvod pro transfer hotovosti využívány např. v souvislosti s veřejně známým případem IKEA. Pravděpodobný skutečný vlastník skupiny IKEA podstatnou část zisku skupiny stahuje do lichtenštejnské a holandské neziskové organizace tak, že tyto organizace vlastní duševní vlastnictví IKEA, které pak pronajímají každému obchodu IKEA na světě.²⁴⁸

²⁴⁷ Podle § 73 odst. 2 NZMPS je nutné přihlídnout zejména k „a) místu, z něhož je fond spravován, b) místu, v němž je převážně umístěn majetek jej vytvářející, c) místu sídla nebo obvyklého pobytu svěřenského správce, d) účelům sledovaným vytvořením fondu a místům, kde těchto účelů má být dosaženo.“

²⁴⁸ Informace dostupné na internetu, např. článek *The sophisticated use of offshore companies and other jurisdictions by IKEA*, <<http://www.comformservices.com/en/component/content/article/10-news/64-the-sophisticated-use-of-offshore-companies-and-other-jurisdictions-by-ikea>>.

NZMPS pouze krátce ve svém § 80 NZMPS stanoví, že „[p]ráva duševního vlastnictví se řídí právním řádem státu, který tato práva přiznává a poskytuje jim ochranu“. Ostatně jinak by rozhodné právo stanovit ani nešlo vzhledem ke specifikům práv duševního vlastnictví. Z pohledu vlastníka práv duševního vlastnictví tak je úprava duševních práv roztržena podle jednotlivých jurisdikcí. Částečně by měl situaci zpřehledňovat fakt, že mnoho otázek práv duševního vlastnictví je upraveno mezinárodní smlouvou a tudíž by se právní úprava mezi jednotlivými státy měla v zásadních ohledech shodovat.²⁴⁹

Cenné papíry

Nově je v NZMPS upravena kolizní problematika týkající se cenných papírů.²⁵⁰ Důvodová zpráva k tomuto uvádí, že kolizní úprava cenných papírů také implementuje mnohé směrnice evropského práva.²⁵¹ Tak i z důvodu přehlednosti pro uživatele lze tuto novou výslovnou úpravu v ustanoveních § 82 a 83 vřele uvítat.

Otázky platného vydání, souvisejících majetkových práv, se řídí právem, které se určí na základě pravidel stanovených v § 82 ZNMPS, tedy podle povahy cenného papíru to může být právo (i) rozhodné pro osobní statut emitenta, (ii) platné v místě emise, (iii) státu v němž má sídlo emitent nebo (iv) výslovně určené v cenném papíru.

²⁴⁹ Viz např. Pařížská úmluva na ochranu průmyslového vlastnictví (Pařížská unijní úmluva) nebo Madridská dohoda o mezinárodním zápisu továrních nebo obchodních známek. Seznam smluv přehledně vede na svých internetových stránkách Úřad průmyslového vlastnictví, viz <http://www.upv.cz/cs/pravni-predpisy/mezinarodni.html>.

²⁵⁰ O neuspokojivé situaci v oblasti kolizní úpravy cenných papírů dříve upozorňoval např. Štefan Elek ve svém článku *Cenné papíry držené skrze prostředníky*, Právní rozhledy 21/2005, s. 774.

²⁵¹ Implementovány jsou zejm. směrnice 2002/47/ES o dohodách o finančním zajištění, č. 98/26/ES o neodvolatelnosti zúčtování v platebních systémech a v systémech vypořádání obchodů s cennými papíry (směrnice o neodvolatelnosti zúčtování) a 2004/25/ES o nabídkách na převzetí.

§ 83 NZMPS obsahuje kolizní úpravy převodu cenného papíru. Tato úprava je speciální ke kolizní úpravě věcných práv, obsažených v § 68 a násl. NZMPS. Na rozdíl od této obecné úpravy se věcná práva neřídí tím samým právním řádem, jako smlouva, na jejímž základě se s movitou věcí nakládá, ale zůstává osvědčený princip, že *„[p]okud ze zákona nevyplývá něco jiného, právo k cennému papíru se řídí právním řádem platným v místě, v němž je cenný papír, a převod práva k cennému papíru se řídí právním řádem platným v místě, v němž je cenný papír v době nakládání s ním“*.

Co se týče zástavního práva, tak ohledně toho se uplatní právo státu obvyklého pobytu nebo sídla věřitele v rozhodné době. V rámci právní jistoty lze jednoznačně doporučit, aby rozhodné právo bylo jednoznačně stanoveno v zástavní smlouvě. Dohodu o rozhodném právu NZMPS výslovně schvaluje ve svém § 83 odst. 2 NZMPS.

Závazková práva

V rámci Evropské unie jsou závazková práva upravena Nařízením Řím I. To sice má univerzální působnost, když stanoví ve svém čl. č. 2, že *„[p]rávo určené na základě tohoto nařízení se použije bez ohledu na to, zda je právem některého členského státu nebo nikoliv“*, ale uplatní se pouze na právní vztahy, kde smluvními stranami jsou státní příslušníci členských států Evropské unie. Interpretační potíž vyvolává otázka, zda se úmluva vztahuje také na závazkový vztah s osobou, která sice není státním příslušníkem Evropské unie, ale má v Evropské unii obvyklý pobyt. Podle mého názoru i v takovém případě by se mělo nařízení Řím I uplatnit, a to zejména z faktické blízkosti tohoto závazkového vztahu s členským státem EU.²⁵²

²⁵² Spojitost lze vnímat přinejmenším ve skutečnosti, že když v souvislosti se smlouvou bude dosažen zisk, bude tento zdaněn v místě daňového domicilu osoby, tedy v členském státu Evropské unie.

Ve vztahu k subjektům, kteří nemají státní příslušnost členského státu nebo mají obvyklý pobyt mimo Evropskou unii se v uplatní NZMPS (do 1.1.2014 ZMPS).

Rozhodčí řízení a uznání a výkon rozhodčích nálezů

Nově je kolizní problematika rozhodčího řízení přesunuta ze zákona č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení a o výkonu rozhodčích nálezů, v platném znění, do ustanovení NZMPS § 117 – 122.

NZMPS posuzuje přípustnost rozhodčí smlouvy podle právního řádu ČR. Ostatní náležitosti musí být splněny podle práva státu, v němž má být rozhodčí nález vydán.

Dále reaguje NZMPS na novou úpravu rozhodování spotřebitelských sporů, když stanoví, že „[d]alší požadavky pro výkon funkce rozhodce určeného pro řešení sporů ze spotřebitelských smluv stanoví jiný právní předpis“.

Jinak v ostatních ohledech je nová právní úprava obdobná s tou dnešní. Stejně tak i důvodová zpráva stanoví, že kromě náležitostí rozhodčí smlouvy se ostatní záležitosti přejímají ze zákona o rozhodčím řízení.

9.4 Hlavní změny v oblasti smluvních vztahů

Významným přínosem NOZ je výslovná úprava předsmluvní odpovědnosti. Předsmluvní odpovědnost je před účinností NOZ upravena pouze judikaturou k § 415 OZ, a to spíše ojediněle.²⁵³ Výslovnou úpravu v § 1728 – 1730 lze uvítat, měla by podpořit férovost při jednání o uzavření smlouvy. Podle této úpravy by nikdo neměl pokračovat v jednání o uzavření smlouvy, aniž má úmysl

²⁵³ Viz rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 11. 10. 2006 sp. zn. 29 Odo 1166/2004, podle kterého strana porušila povinnost prevenci vzniku škod a způsobila škodu tím, že bez přiměřených důvodů odstoupila od jednání k uzavření smlouvy ve finální fázi příprav, tedy ve chvíli kdy protistrana již vynaložila nemalé výdaje související s přípravou transakce.

smlouvu uzavřít.²⁵⁴ Podle § 1729 odst. 1 „[d]ospějí-li strany při jednání o smlouvě tak daleko, že se uzavření smlouvy jeví jako vysoce pravděpodobné, jedná nepoctivě ta strana, která přes důvodné očekávání druhé strany v uzavření smlouvy jednání o uzavření smlouvy ukončí, aniž pro to má spravedlivý důvod“. Strana, která ukončila jednání, pak odpovídá za škodu straně druhé. Toto pravidlo bude pravděpodobně nejednou v jednáních zneužíváno a je otázkou, zda povinnost bude, a pokud ano tak do jaké míry, vymahatelná soudem. Soudy budou posuzovat jednotlivé případy s ohledem na veškeré okolnosti. Lze si představit i dnes neobvyklou situaci, kdy si strany při ukončení jednání raději uzavřou dohodu o narovnání veškerých případných nároků vzniklých z předčasného ukončení smlouvy. Osobně jsem zvědav na judikaturu k tomuto ustanovení (bez iluzí se začne taková judikatura Nejvyššího soudu objevovat nejdříve v roce 2017), když si lze představit mnoho obranných argumentů, např., že druhá strana nastolila podmínky, které byly pro ukončující stranu z obchodního hlediska zcela nepřijatelné, případně, že se změnila okolnosti, byl nalezen jiný dodavatel, došlo k nepochopení situace. Vzhledem k tomu, že je úprava dispozitivní, lze doporučit dle okolností doporučit zvážení uzavřít před jednáním dohodu o tom, že si každá strana nese náklady sama, a že strany mohou odstoupit od jednání v jakékoliv fázi jednání.

9.5 Další vybrané změny

Odpadá rozlišování jednání jménem a za společnost

Na rozdíl od stávající úpravy v ObchZ se do budoucna podle NOZ již nebude rozlišovat mezi jednáním jménem právnické osoby a za ní. Podle § 164 NOZ člen statutárního orgánu zastupuje právnickou osobu (a ne jedná jejím jménem jak je správně podle dnešní právní úpravy). Tuto změnu lze uvítat, když rozlišování jednání jménem a za

²⁵⁴ Viz § 1728 NOZ.

mělo spíš teoretický podtext a bylo mnohdy laickou veřejností zaměřováno. Odlišení jednání zmocněncem (ať již smluvním nebo ze zákona) a statutárním orgánem lze provést i podle úpravy v NOZ. Praktický dopad takového odlišení je odpovědnost za škodu statutárního orgánu a jiného zástupce (např. limitovaná odpovědnost zaměstnance).

Členové statutárních orgánů jednající společně mohou zmocnit jednoho člena

Podle dosavadní úpravy byla-li povinnost členů statutárního orgánu jednat v určité věci společně,²⁵⁵ nemohli toto společné jednání přenést na jiného člena statutárního orgánu tím, že mu za účelem provedení tohoto právního úkonu vystavily plnou moc.²⁵⁶ Paradoxním podle stávající úpravy je, že takovou plnou moc mohou udělit členové statutárního orgánu osobě mimo tento statutární orgán, tedy např. náhodnému kolemjdoucímu. S tímto paradoxem se NOZ vypořádal tím způsobem, že výslovně připouští možnost přenesení společné pravomoci k provedení konkrétního právního úkonu na jednoho člena statutárního orgánu. Tuto změnu lze přijmout velmi pozitivně. Nicméně otázkou je, zda jednání takto učiněna před 1. lednem 2014 budou vstupem NOZ do účinnosti zhojena. Přikláním se k tomu, že existuje podstatné riziko, že nikoliv. Pokud je totiž některý právní úkon neplatný, nelze ho dodatečně zhojit.

Druhy právnických osob

²⁵⁵ Běžné může být společné jednání jednatelů, příp. členů představenstva, ve věci nakládání s většími částkami peněz (např. 10.000 Eur a výše). Takové omezení je nutno zakotvit v zakladatelské listině (společenské smlouvě) společnosti. Toto omezení však není účinné navenek vůči třetím osobám, pokud o nich taková osoba nevěděla nebo nemohla vědět. Tak lze tedy doporučit oznámit taková omezení bankám, kde má společnost účty a případně také významným obchodním partnerům.

²⁵⁶ Viz např. rozhodnutí Nejvyššího soudu ČR ze dne 24. 4. 2007, sp. zn. 29 Odo 1082/2005 nebo ze dne 31. 3. 2009, sp. zn. 29 Cdo 1227/2007.

Namísto dnešní poněkud nesystémové definice právnických osob v OZ²⁵⁷ přináší NOZ novou systemizaci právnických osob na (i) korporace,²⁵⁸ (ii) fundace²⁵⁹ a (iii) ústavy.²⁶⁰

Nové pojetí věci

Nově NOZ v ustanoveních § 489 – 505 upravuje pojem věci v podstatně širším konceptu, než jak je doposud upraven v § 118 a násl. (pokud tedy lze vůbec podle OZ hovořit o definici věci). Věcí bude tedy od 1.1.2014 „vše, co je rozdílné od osoby a slouží potřebě lidí“. Věcí tak mohou být např. pohledávky, autorská práva, je také postaveno najisto, že věcí je taktéž ovladatelná přírodní síla. Lidské tělo ani jeho části nejsou věcmi. Podle §494 se „*ustanovení o věcech se na živé zvíře použijí obdobně jen v rozsahu, ve kterém to neodporuje jeho povaze*“.

Stavba je součástí pozemku

Podle nové úpravy v NOZ se uplatní starořímská zásada superficies solo cedit, tedy že stavba ustupuje vlastnictví pozemku. Tedy vlastník pozemku je taktéž vlastníkem stavby, která je nově jeho součástí. Význam bude mít tato zásada při nemovitostních transakcích, kdy do budoucna odpadne dualita vlastnictví pozemků a staveb, což snad přinese vyšší efektivitu využití majetku (snížení nákladů o marže pronajímatelů pozemků).

Nová úprava cenných papírů

Od 1.1.2014 NOZ zruší v celém rozsahu zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech („ZCP“). Samotná úprava v NOZ není tak

²⁵⁷ Podle § 18 odst. 1 OZ jsou právnickými osobami „(i) sdružení fyzických nebo právnických osob, (ii) účelová sdružení majetku, (iii) jednotky územní samosprávy a (iv) jiné subjekty, o kterých to stanoví zákon“.

²⁵⁸ Viz § 210 – 302 NOZ.

²⁵⁹ Viz § 306-418 NOZ.

²⁶⁰ Viz § 402-418 NOZ.

podrobná jako v ZCP a lze očekávat, že další pravidla budou stanovena ve zvláštních předpisech.

Samotné změny obecné úpravy cenných papírů nejsou tak zásadní, jak by se mohlo zdát. NOZ nyní výslovně stanoví, že lze vydávat i jiné cenné papíry, než které jsou výslovně upraveny zákonem. Postačí, pouze když splní hlavní charakteristiku cenného papíru, a to, že je to „*listina, se kterou je právo spojeno takovým způsobem, že je po vydání cenného papíru nelze bez této listiny uplatnit ani převést*“.²⁶¹ Pojem „listina“ je zde nutno vykládat široce, když tím může být i jakékoliv jiné médium takové právo zachycující.

Další výraznější změny se týkají mj. (i) hromadné listiny,²⁶² kterou bude možno nahradit zastupitelné cenné papíry, a následně ji lze dělit a její části převádět, (ii) možnosti přeměny cenného papíru na zaknihovaný cenný papír²⁶³ a (iii) možnosti nahradit podpis na cenném papíru otiskem razítka.²⁶⁴

Výrazné změny se týkají cenných papírů ztělesňující podíl v obchodní korporaci.

Zrušen § 196a ObchZ

Zavedením nové úpravy ruší ZOK v mnohém kritizovaný i problematický § 196a ObchZ. Nově budou transakce mezi spřízněnými osobami nahrazeny pravidly o obezřetném podnikání. Účelem je i nadále aby nedocházelo k poškozování společností osobami, které jsou k ní spřízněnými.²⁶⁵

²⁶¹ Viz § 514 NOZ.

²⁶² Viz § 524 NOZ.

²⁶³ Viz 529 – 544 NOZ.

²⁶⁴ Doposud tak bylo možno učinit pouze u dluhopisů. Viz § 516 NOZ.

²⁶⁵ Nevýhodné dohody s osobami, které nejsou osobami spřízněnými taktéž uzavírat nelze. Tento zákaz spadá však pod povinnost dodržování péče řádného hospodáře ze strany orgánů společnosti.

9.6 Svěřenský fond

Jednou z nejvýraznějších novinek, kterou přináší rekodifikace je svěřenský fond. Jde o obdoby již dlouho známých a často používaných trustů upravených zejména v Common law právních systémech.

Svěřenský fond je upraven v ustanoveních § 1448 – 1474 NOZ jako forma správy cizího majetku. Svěřenský fond představuje soubor majetku vyčleněný z majetku zakladatele. Tento majetek nemá sám právní subjektivitu a je spravován svěřeneckým správcem ve prospěch třetích osob v souladu se statutem svěřenského fondu. Majetkem, který tvoří svěřenský fond mohou být hmotné věci, pohledávky a další práva, jejichž povaha to připouští. Ačkoliv to NOZ výslovně nestanoví lze předpokládat, že v případech, kdy je pro převod nutný dodatečný úkon (např. rubopis cenného papíru, vklad do katastru nemovitostí nebo zápis na vlastnický účet v depozitáři cenných papírů), dojde k účinnosti vyčlenění majetku do svěřenského fondu až v okamžiku splnění konkrétní náležitosti pro převod tohoto majetku.

Svěřenské fondy jsou v zahraničí běžně používány pro správu, převod, případně dědictví majetku z důvodu rozdílné administrativní a daňové regulace trustu od případného přímého vlastnictví ze strany fyzických nebo právnických osob. Dále dochází ke snížení rizika na straně vlastníka (resp. beneficiáře) majetku, a to zejména s přihlédnutím k tomu, že majetek v trustu je pro potenciální věřitele mnohem obtížněji dosažitelný. Uvedené samozřejmě vyvolává otázky zneužití formy svěřenského fondu na úkor věřitelů. S tímto se budou zajisté vypořádat české soudy. Svěřenský fond by mohl svou formou představovat alternativu pro mnohé podnikatele, a to jak institucionální tak i pro malé a střední podniky působící souběžně v několika jurisdikcích.

Správcem svěřenského fondu může být podle obecné úpravy NOZ fyzická osoba, právnická osoba pouze stanoví-li tak zákon.²⁶⁶

Svěřenský fond lze vytvořit vyčleněním majetku z vlastnictví zakladatele smlouvou nebo pořízením pro případ smrti

Vlastníkem majetku ve svěřenském fondu není zakladatel, obmyšlený (beneficient) ani svěřenský správce. Podle § 1448 odst. 3 NOZ „[v]lastnická práva k majetku ve svěřenském fondu vykonává vlastním jménem na účet fondu svěřenský správce“. Svěřenský správce tak pouze spravuje vlastnická práva majetku, který je formálně bez vlastníka. Správce by tak měl být jako „svěřenský správce“²⁶⁷ zapsán v katastru nemovitostí, obchodním rejstříku, rejstříku Úřadu průmyslových vlastnictví, případně v dalších veřejných databázích, které uvádí vlastníka majetku.

Svěřenský fond lze zřídit nejen za veřejně prospěšným účelem, ale také za účelem soukromým (zahrnujíc v to i podnikatelský záměr). Podstatné informace týkající se svěřenského fondu jsou obsaženy v jeho statutu.²⁶⁸ Statut je veřejnou listinou,²⁶⁹ nicméně není povinně zveřejňován.

Správcem svěřenského fondu a také zakladatelem může být také osoba, které má být ze svěřenského fondu plněno. Podle § 1454 NOZ však „[v] takovém případě však musí mít svěřenský fond dalšího svěřenského správce, kterým je osoba třetí, a správci musí právně jednat společně.“

²⁶⁶ Viz § 1453 NOZ.

²⁶⁷ Viz § 1456 NOZ.

²⁶⁸ Podle § 1452 odst. 1 NOZ „[s]tatut obsahuje alespoň a) označení svěřenského fondu, b) označení majetku, který tvoří svěřenský fond při jeho vzniku, c) vymezení účelu svěřenského fondu, d) podmínky pro plnění ze svěřenského fondu, e) údaj o době trvání svěřenského fondu; není-li uvedena, platí, že fond byl zřízen na dobu neurčitou, a f) má-li být ze svěřenského fondu plněno určité osobě jako obmyšlenému, určení této osoby, nebo způsobu, jak bude obmyšlený určen.“

²⁶⁹ Viz § 1452 odst. 3 NOZ.

Správce je při správě majetku ve fondu povinen jednat s péčí řádného hospodáře. Měl by majetek nejen udržovat, ale také se přičinit o udržitelné zvyšování jeho hodnoty. Při porušení povinnosti jednat s péčí řádného hospodáře pak správce odpovídá za škodu svěřeneckému fondu takto způsobenou. NOZ nestanoví výslovně kdo je aktivně legitimovaný k náhradě škody, lze se domnívat, že ten, komu takto způsobená škoda vznikla, tedy beneficiant fondu, případně ten, kdo na tom bude mít naléhavý zájem, tedy zejména zakladatel svěřenského fondu.

Odměna správce by měla být sjednána ve smlouvě, případně stanovena ve statutu fondu. Subsidiárně by měl mít správce nárok na odměnu přiměřenou v souladu s § 1402 NOZ.

Osoba, jíž se z majetku svěřenského fondu plní, se nazývá obmyšlený. Plnění z fondu může mít formu podílu na výnosu z majetku, případně právo na vydání části majetkové podstaty svěřenského fondu. Obmyšleného jmenuje zakladatel svěřenského fondu nebo jeho správce.²⁷⁰

NOZ nikterak neomezuje převoditelnost pohledávek obmyšleného na plnění z fondu ani nestanoví, že by šlo o plnění, které je závislé na konkrétní osobě obmyšleného. Z tohoto důvodu se lze domnívat, že tyto pohledávky jsou převoditelné, pokud jinak nestanoví statut fondu.

Na správu svěřenského fondu dohlíží zakladatel a obmyšlený, jiná osoba pro tento účel jmenovaná ve statutu, případně osoba stanovena na základě zvláštního právního předpisu. Dohlízející osoby mají právo na to, aby jim správce předložil pro kontrolu jakékoliv

²⁷⁰ Podle § 1457 odst. 2 NOZ, nejmenuje-li obmyšleného zakladatel, „jmenuje obmyšleného a určí mu plnění ze svěřenského fondu svěřenský správce. Jedná-li se o svěřenský fond zřízený k soukromému účelu, může svěřenský správce vykonat toto právo, jestliže statut určí okruh osob, ze kterého lze obmyšleného jmenovat.“.

doklady o svěřenském fondu, účty, zprávy a jakékoliv jiné související informace, které dokládají řádnou správu svěřenského fondu.

Podle § 1466 odst. 1 NOZ „[z]akladatel, obmyšlený nebo i jiná osoba, která na tom má právní zájem, může soudu navrhnout, aby svěřenskému správci určité jednání uložil nebo zakázal, anebo aby svěřenského správce odvolal nebo jmenoval nového. Tyto osoby se také mohou dovolat neplatnosti právního jednání, kterým správce poškozuje svěřenský fond nebo právo obmyšleného“.

Na rozdíl od klasických fondů, upravených v ZPKT, nebude nad svěřenskými fondy podle obecné úpravy NOZ vykonáván žádný speciální veřejnoprávní dohled. Z tohoto pravidla lze očekávat výjimky stanovené zvláštními předpisy.

Majetek do fondu vkládá předně zakladatel. Může tak učinit i jiná osoba než zakladatel, nicméně taková třetí osoba nezískává ze zákona ani práva zakladatele fondu ani osoby obmyšlené.

Svěřenský fond zaniká z důvodů stanovených v § 1471 a násl. NOZ. Konkrétně jde o případy (i) uplynutí doby, na kterou byl fond zřízen, (ii) dosažení účelu stanoveného ve statutu,²⁷¹ (iii) vzdání se práv ze strany všech obmyšlených v případě soukromého fondu, (iv) zrušení fondu soudem.

Při zániku správy svěřenského fondu z důvodů uvedených výše, vydá správce majetek fondu osobě, která na něj má právo. Podle § 1472 NOZ se má za to, že takovou osobou je obmyšlený a pokud ho není, nebo stanoví jinak statut fondu, tak zakladatel fondu. Pokud není ani zakladatele, tak majetek připadá státu. Pokud jde o zánik správy fondu zřízeného pro veřejně prospěšné účely, a to z důvodu

²⁷¹ V případě, že dosažení účelu stanoveného ve statutu fondu je nemožné, případně obtížně dosažitelné, může soud na návrh osoby, která má na tomto právní zájem, podle § 1469 odst. 1 NOZ rozhodnout o zrušení svěřenského fondu nebo může upravit statut fondu. Pokud jde o fond zřízený za veřejně prospěšným účelem, může soud původní účel fondu nahradit účelem podobným.

nemožnosti nebo obtížnosti plnění, rozhodne soud o převodu majetku do svěřenského fondu nebo vlastnictví právnické osoby s účelem co možná nejbližšímu účelu fondu podle statutu.

Závěr

Disertační práce je rozdělená na 9 tematicky souvisejících kapitol.

První kapitola, týkající se důvodů mezinárodního plánování podnikání, poskytuje stručný nástin motivací, které vedou k rozšíření podnikatelských aktivit za hranice České republiky. Bylo zjištěno, že takovými motivacemi jsou zejména (i) různorodost právních řádů, poskytujících nové právní instituty a odlišnost v úpravě důležitých podnikatelských vztahů (např. v otázce osobnostních práv autora právnické osoby), (ii) odlišnost regulatorních požadavků v různých zemích, týkajících se stejné činnosti (např. provoz fondu kolektivního investování) a (iii) rozdílná výše daňové zátěže.

Druhá kapitola vypočítává jednotlivé nejdůležitější prameny práva, které se na popisovanou problematiku uplatní. Důraz je kladen na vnitrostátní prameny, právo Evropské unie a mezinárodní smlouvy. Na tyto prameny práva pak odkazuje výklad v dalších kapitolách disertační práce.

Třetí kapitola upozorňuje na některá rizika mezinárodního plánování podnikání. Navazuje tak obsahově na první kapitolu, týkající se motivů, pro které podnikatelské subjekty rozšiřují své podnikání za hranice ČR. Bylo zjištěno, že hlavními riziky může být dopuštění se obcházení regulace vztahující se na podnikání v ČR, a to pro případ, kdy zahraniční společnost podniká na území ČR. V souvislosti s daňovou optimalizací může být také podnikatel obviněn z páčání daňových trestných činů. Podnikatel by také neměl zapomínat na právní předpisy zahraničních států, v nichž působí. Z tohoto důvodu je doporučeno mít ve všech státech působení podnikatele odpovídající právní zastoupení.

Kromě právních rizik zmiňuje disertační práce ve čtvrté kapitole také rizika ekonomická. A to konkrétně systematické riziko

státu sídla holdingu (např. riziko státního bankrotu, aktuální v posledních měsících u Kypru) a rizika personálního – každou společnost musí někdo řídit a na zahraniční holdingy se poměrně často najímají místní manažéři. Riziko podvodu ze strany těchto manažerů je nezanedbatelné. Dá se však eliminovat pouze obtížně. Jedním ze způsobů je uzavírání příslušných smluv s manažery. Ukázka takových smluv a prohlášení tvoří také přílohy č. 1 a 2 této disertační práce. Tyto dokumenty nejsou svojí formulací pro podnikatele nijak výhodné, nicméně jde o znění na trhu zahraničních manažerských služeb poměrně běžné.

Další, pátá kapitola, popisuje typické transakce prováděné v mezinárodně uzpůsobeném koncernu. Tato kapitola se týká zejména způsobů financování jednotlivých společností a jejich projektů, a to s důrazem bankovní financování a dluhopisy. U dluhopisů je pak věnována jedna kapitola otázkám mezinárodního práva soukromého ve věci dluhopisových plateb, je zejména vysvětlen tok peněz přes clearingového agenta, otázky okamžiku změny vlastnictví k peněžním prostředkům a s tím související otázky rozhodného práva a jurisdikce soudů. Pátá kapitola dále pokračuje stručným popisem akvizičních struktur a analýzou tzv. postupu Whitewash, který bývá v mezinárodních transakcích používán pro obcházení zákazu finanční asistence.

Šestá a sedmá kapitola se vrací k otázkám daňových výhod mezinárodního podnikání oproti podnikání vnitrostátnímu pouze v ČR. Šestá kapitola analyzuje možnosti daňové optimalizace, které poskytuje právní prostředí ČR. Jsou navrženy konkrétní struktury majetku, které snižují daňovou zátěž podnikatele na minimum (podnikání prostřednictvím právnické osoby s fakturací společníka). Tento výsledek daňové optimalizace v ČR je následně v sedmé kapitole napojen na propočet a právní rešerše týkající se zdanění v jiných jurisdikcích. Jako daňově nejvýhodnější se ukázala být

holdingová struktura s hlavním centrem řízení na Sejšelách, přičemž investice v EU by měly být prováděny přes Kypr, a to z důvodu příznivé úpravy smluv o zamezení dvojího zdanění. Případné investice do Indie nebo Afriku je ideální provádět přes Mauricius.

V souvislosti s mezinárodním podnikáním je také vhodné myslet na obranu majetku. Té se věnuje kapitola č. 8. Celkově bylo analyzováno 9 právních řádů, přičemž takřka ve všech existují velmi srovnatelné podmínky výkonu zahraničního soudního rozhodnutí s úpravou v ČR. Byla však identifikovaná jedna podstatná výjimka – zahraniční soudní rozhodnutí nejsou uznávaná ani vykonatelná v Lichtenštejnsku. V Lichtenštejnsku je tak nutné vždy provést nové soudní řízení, kde dochází k dokazování v meritu věci. Lichtenštejnsko je tak ideální jurisdikcí kam lze případně umisťovat majetek, který by měl být chráněn proti útokům nekalé podnikatelské konkurence kdekoliv na světě.

Na závěr disertační práce je v kapitole č. 10 poskytnut přehled týkající se rekodifikace soukromého práva v ČR, plánovaného na rok 2014. Významná část této kapitoly je věnována novému zákonu o mezinárodním právu soukromém (kde nejvýraznější změnou je mj. výslovná úprava vztahů dříve dovozovaných rozhodovací praxí a právní vědou – např. kvalifikační problém, předběžné otázky, úprava zastoupení, kolizní otázky cenných papírů). Prostor je však věnován i novému občanskému zákoníku a zákonu o obchodních korporacích. Samostatná kapitola je věnována novému institutu – tzv. svěřenskému fondu, k němuž je poskytnut přehled právní úpravy týkající se vzniku zániku a řízení tohoto fondu.

Disertační práce čerpá informační zdroje z české i zahraniční literatury, zejména však z osobních zkušeností autora. Výklad je podán v délce mírně přesahující 150 normostran.

Seznam zkratk

<i>AutZ</i>	Zákon č. 121/2000 Sb., o právu autorském a o právech souvisejících s právem autorským
<i>CISG</i>	Vídeňská úmluva OSN o mezinárodní koupi zboží vyhlášená v ČR sdělením federálního ministerstva zahraničních věcí č. 160/1991 Sb., o Úmluvě OSN o smlouvách o mezinárodní koupi zboží
<i>ČNB</i>	Česká národní banka
<i>ČR</i>	Česká republika
<i>Daňový řád</i>	Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád
<i>DŘ</i>	Zákon č. 280/2009 Sb., daňový řád
<i>EŘ</i>	Zákona č. 120/2001 Sb. exekuční řád
<i>EU</i>	Evropská unie
<i>Haagská úmluva o apostilaci</i>	Úmluva o zrušení požadavku ověřování cizích veřejných listin z roku 1961 vyhlášená sdělením Ministerstva zahraničních věcí č. 45/1999 Sb.
<i>IBC</i>	International Business Company
<i>InsZ</i>	Zákon č. 182/2006 Sb., o úpadku a způsobech jeho řešení
<i>LICR</i>	Lucemburský zákon o fondech rizikového kapitálu SICAR (Law of 15 June 2004 relating to the investment company in risk capital („SICAR“)), dostupný na internetu < http://www.alfi.lu/sites/alfi.lu/files/files/Legal%20and%20technical/LawSICAR_update181209.pdf >.
<i>LS</i>	Lucemburský zákon o sekuritizaci (Law of 22 March 2004 on securitisation), dostupný na < http://www.ehp.lu/uploads/media/Law_22_March_2004_Securitisation_updated.pdf >.

Seznam zkratk

<i>LSIF</i>	Lucemburský zákon o alternativních speciálních investičních fondech (Law of 13 th February, 2007, relating to specialized investment funds), dostupný na internetu < http://www.luther-lawfirm.lu/download_regulations_en/10.pdf >.
<i>LUCI</i>	Lucemburský zákon o kolektivním investování (Law of 20 December 2002 relating to undertakings for Collective investment and amending the law of 12 February 1979 concerning the value added tax). Dostupný na internetu < http://observatoire.codeplafi.lu/pdf/loi/20021220_law_UCI_eng_update191208.pdf >.
<i>LZPS</i>	Usnesení předsednictva ČNR č. 2/1993 Sb., o vyhlášení Listiny základních práv a svobod jako součásti ústavního pořádku České republiky
<i>Nářízení Brusel I</i>	Nářízení Rady (ES) č. 44/2001, o soudní příslušnosti a uznání a výkonu soudních rozhodnutí ve věcech občanských a obchodních
<i>Nářízení o úpadku</i>	Nářízení Rady (ES) č. 1346/2000 o úpadkovém řízení
<i>Nářízení Řím I</i>	Nářízení Evropského parlamentu a Rady (ES) č. 593/2008 o právu rozhodném pro smluvní závazkové vztahy
<i>Newyorská úmluva</i>	Newyorská úmluva vyhlášená v ČR vyhláškou č. 74/1959 Sb. ze dne 6. listopadu 1959 o Úmluvě o uznání a výkonu cizích rozhodčích nálezů
<i>NOZ</i>	Zákon č. 89/2012 Sb., občanský zákoník
<i>NZMPS</i>	Zákon č. 91/2012 Sb., o mezinárodním právu soukromém
<i>ObchZ</i>	Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník
<i>OCP</i>	obchodník s cennými papíry
<i>OZ</i>	Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník
<i>PřemZ</i>	Zákon č. 125/2008 Sb., o přeměnách obchodních společností

Seznam zkratk

a družstev

<i>SDEU</i>	Soudní dvůr Evropské Unie
<i>SFEU</i>	Smlouva o fungování Evropské unie, konsolidované znění, Úřední věstník Evropské unie C 115/47 ze dne 9. května 2008
<i>SIBC Act</i>	Seychelles International Business Company Act z roku 1994
<i>SICAF</i>	Lucemburský fond s fixním kapitálem (Société d'investissement à capital fixe – SICAF)
<i>SICAR</i>	Lucemburský fond rizikového kapitálu (Société d'investissement en capital á risque)
<i>SICAV</i>	Lucemburský fond s pohyblivým kapitálem (Société d'investissement à capital variable)
<i>Směrnice 2003/49/ES</i>	Směrnice Rady 2003/49/ES ze dne 3. června 2003 o společném systému zdanění úroků a licenčních poplatků mezi přidruženými společnostmi z různých členských států
<i>Směrnice 90/434/EHS</i>	Směrnice Rady 90/434/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění při fúzích, rozděleních, převezech aktiv a výměně akcií týkajících se společností z různých členských států
<i>Směrnice 90/435/EHS</i>	Směrnice Rady 90/435/EHS ze dne 23. července 1990 o společném systému zdanění mateřských a dceřiných společností z různých členských států
<i>SPV</i>	Special Purpose Vehicle
<i>TZ</i>	Zákon č. 40/2009 Sb., trestní zákoník
<i>UCITS</i>	Směrnice Rady o koordinaci právních a správních předpisů týkajících se subjektů kolektivního investování do převoditelných cenných papírů.

Seznam zkratek

<i>Úmluva o OECD</i>	Konvence o Organizaci pro hospodářskou spolupráci a rozvoj (OECD), vyhlášená v ČR sdělením ministerstva zahraničních věcí č. 266/1998 Sb., o přístupu České republiky ke Konvenci o Organizaci pro ekonomickou spolupráci a rozvoj a Dodatkovým protokolům č. 1 a č. 2
<i>Úmluva o WTO</i>	Dohoda o zřízení Světové obchodní organizace (WTO), vyhlášená v ČR sdělením ministerstva zahraničních věcí č. 191/1995 Sb., o sjednání Dohody o zřízení Světové obchodní organizace (WTO)
<i>Ústava ČR</i>	Ústavní zákon č. 1/1993 Sb., Ústava České republiky
<i>ZCP</i>	Zákon č. 591/1992 Sb., o cenných papírech
<i>ZDDPN</i>	Zákon č. 357/1992 Sb., o dani dědické, dani darovací a dani z převodu nemovitostí
<i>ZDP</i>	Zákon č. 586/1992 Sb., o daních z příjmů
<i>ZDPH</i>	Zákon č. 235/2004 Sb., o dani z přidané hodnoty
<i>ZDůchP</i>	155/1995 Sb., o důchodovém pojištění
<i>ZKI</i>	Zákon č. 189/2004 Sb., o kolektivním investování
<i>ZNP</i>	Zákon č. 187/2006 Sb., o nemocenském pojištění
<i>ZoD</i>	Zákon č. 190/2004 Sb., o dluhopisech
<i>ZOK</i>	Zákon č. 90/2012 Sb., o obchodních korporacích a družstvech
<i>ZoZ</i>	Zákon č. 441/2003 Sb., o ochranných známkách
<i>ZP</i>	Zákon č. 262/2006 Sb., zákoník práce
<i>ZPKT</i>	Zákon č. 256/2004 Sb., o podnikání na kapitálovém trhu

Seznam zkratk

<i>ZPSZ</i>	Zákon č. 589/1992 Sb., o pojistném na sociální zabezpečení
<i>ZPVZP</i>	Zákon č. 592/1992 Sb., o pojistném na všeobecné zdravotní pojištění
<i>ZRŘ</i>	Zákon č. 216/1994 Sb., o rozhodčím řízení
<i>ZSD</i>	Zákon č. 353/2003 Sb., o spotřebních daních
<i>ZSŠ</i>	Zákon č. 191/1950 Sb., směnečný a šekový
<i>ZVZP</i>	Zákon č. 48/1997 Sb. o veřejném zdravotním pojištění

Seznam použité literatury a pramenů

Publikace

1. BAKEŠ, M. a kol., *Finanční právo*, 5. vydání. C. H. Beck 2009, 576 s., ISBN: 978-80-7400-801-6
2. FIALA, J., HURDÍK, J., KORECKÁ, V.: *Občanský Zákoník - Komentář*, Aspi, dostupný v ASPI.
3. HENDRYCH, D. a kol., *Právníký slovník*, Praha 2009, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>.
4. HOLEJŠOVSKÝ, J., *Valné hromady společností s ručením omezeným*, Praha, C. H. Beck, 2011, 552 str., ISBN: 978-80-7400-391-2
5. HUSTÁK, Z., ŠOVAR, J., FRANĚK, M., SMUTNÝ, A., CETLOVÁ, K., DOLEŽALOVÁ, D., *Zákon o podnikání na kapitálovém trhu. Komentář*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, 1029 s., ISBN 978-80-7400-433-9, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>
6. JELÍNEK, J., HERCZEG, J.: *Zákon o trestní odpovědnosti právnických osob, Komentář s judikaturou* 2. aktualizované a doplněné vydání, Leges 2013, ISBN: 978-80-87576-43-4
7. KNAPPOVÁ, M., ŠVESTKA, J., DVOŘÁK, J.: *Občanské právo hmotné I*, 4. aktualizované a doplněné vydání, ASPI, 2005, ISBN 80-7357-127-7
8. KUČERA, Zdeněk. *Mezinárodní právo soukromé*, 7. opravené a doplněné vydání. Nakladatelství Doplněk, Brno 2009, 464 str. ISBN: 978-80-7239-231-5.
9. NEUMANN, P. ŽAMBERSKÝ, P., JIRÁNKOVÁ, M., *Mezinárodní ekonomie*, Grada Publishing, a.s. 2010, 160 s., ISBN: 978-80-247-3276-3
10. PELC, V., *Zákon o daních z příjmů. Komentář*. 1. vydání. Praha : C. H. Beck, 2012, 1392 s., ISBN 978-80-7400-364-6, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>
11. POLČÁK R., *Internet a proměny práva*, Auditorium 2012, 388 str., ISBN: 9788087284223.

Seznam použité literatury a pramenů

Publikace

12. ŠÁMAL, P. a kol., *Trestní zákoník, edice velké komentáře*, 2. vydání, Praha: C.H.Beck, 2012, 3614 s., ISBN: 978-80-7400-428-5.
13. TICHÝ, L. a kol., *Dokumenty ke studiu Evropského práva*, Linde Praha 2006, 912 str. ISBN 80-7201-573-7
14. VESELÁ, J. Investování na kapitálových trzích. Praha: ASPI, 2007. ISBN: 978-80-7357-297-6.
15. YATES, G., HINCHLIFE, M., *A practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, 402 p., ISBN: 978-0-521-19311-5
16. YATES, G., HINCHLIFFE, M., *A Practical Guide to Private Equity Transactions*, Cambridge University Press 2010, 402 p., ISBN: 978-0-521-19311-5
17. YESCOMBE, E. R., *Principles Of Project Finance*, Academic Press 2002, ISBN: 978-0-12-770851-5.

Seznam použité literatury a pramenů

Legislativní zdroje (kromě zákonů)

18. Agreement between the government of the Republic of Seychelles and the government of the Republic of Mauritius for the avoidance of double taxation and the prevention of fiscal evasion with respect to taxes on income dated March 11, 2005. Available on internet
<<http://www.sterlingoffshore.com/downloads/Seyşeles-Mauritius-Double-Taxation-Avoidance-DTA-Tax-Treaty.pdf>>
19. Důvodová zpráva k zákonu č. 89/2012 Sb. občanský zákoník, dostupná v ASPI
20. International Business Company Act, 1994, as amended

Seznam použité literatury a pramenů

Legislativní zdroje (kromě zákonů)

21. Rozsudek ve věci *Barclays Bank Ltd v Quistclose Investments Ltd.*, 1970, United Kingdom House of Lords, informace dostupné na internetu <<http://swarb.co.uk/barclays-bank-ltd-v-quistclose-investments-ltd-etc-hl-31-oct-1968/>>.
22. Rozsudek velkého senátu Soudního dvora Evropských společenství ze dne 4. 7. 2006, Konstantinos Adeneler a ostatní, C-212/04, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>
23. Smlouva mezi Českou republikou a Kyperskou republikou o zamezení dvojímu zdanění a zabránění daňovému úniku v oboru daní z příjmu ze dne 28.4.2009, publikovaná ve Sbírce mezinárodních smluv č. 120/2009 Sb.m.s. a dostupná na internetu, viz <<http://www.mvcr.cz/soubor/sb049-09m-pdf.aspx>>

Seznam použité literatury a pramenů

Články

24. Comform Global Services, *The sophisticated use of offshore companies and other jurisdictions by IKEA*, článek dostupný na internetu <<http://www.comformservices.com/en/component/content/article/10-news/64-the-sophisticated-use-of-offshore-companies-and-other-jurisdictions-by-ikea>>.
25. *CORRECTED-FACTBOX-The Cyprus banks that have transfixed the world*, CNBC, 23. března 2013, dostupný na internetu <<http://www.cnbc.com/id/100585005>>.
26. *Cyprus receives EU-IMF bailout funds*, článek BBC News, 13. května 2013 dostupný na internetu <<http://www.bbc.co.uk/news/business-22506385>>.
27. DĚDIČ, J., ČECH, P., *Znovu k zákazu řetězení společností s ručením omezeným*, Právní rozhledy 20/2005, s. 747, dostupný na internetu <www.beck-online.cz>
28. DEFRIES, G., GUEGUEN, O., KARBACH, K., *Liberating LBOs*, 27 Int'l Fin. L. Rev. 42 (2008), p. 42 - 43

Seznam použité literatury a pramenů

Články

29. ELEK, Š.: *Cenné papíry držené skrze prostředníky*, Právní rozhledy 21/2005, s. 774.
30. Elektronicky distribuovaný souhrn denních zpráv Informační služba Euro24, vydání ze dne 9. října 2013, vydává Mladá fronta a. s.
31. Kardinál Radek obviňuje protikorupčního Janečka z krácení daní. Nesmysl, reaguje finančník, dostupný na internetu
<<http://www.ceskapozice.cz/byznys/podnikani-trhy/kardinal-radek-obvinuje-protikorupcniho-janecka-z-kraceni-dani>> včetně přílohy na
<https://www.google.cz/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&ved=0CCwQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ceskapozice.cz%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fprvniinfo.pdf&ei=oaTtUfaTK4mZtAbT_4HIAg&usg=AFQjCNFedZQDczMPSSx1I0u0D_D2hKOCQg>.
32. LYČKA, M.: *Volný pohyb kapitálových příjmů? Evropská pravidla pro zamezení dvojímu zdanění*, Právní rozhledy 23/2011, s. 844, dostupný na
<<http://www.beck-online.cz>>.
33. PAUKNEROVÁ, M. *Rozhodčí řízení ve vztahu k zahraničí – otázky rozhodného práva*, Právní rozhledy 12/2003, s. 587, dostupný na <<http://www.beck-online.cz>>.
34. SEEMANOVÁ, J., POKORNÁ, M., *Společenská smlouva společnosti s ručením omezeným dle ZoK*, Ad Notam 1/2013, s. 5, dostupný na internetu
<<https://www.beck-online.cz>>.
35. *Shock in Cyprus as savers face bailout levy*, článek BBC News, 16. března 2013 dostupný na internetu <<http://www.bbc.co.uk/news/world-europe-21814325>>.
36. Soudní rozhledy 9/2006, *Soudní dvůr Evropských společenství, C-212/04*, nakladatelství C.H. Beck, str. 354 dostupný na internetu <www.beck-online.cz>
37. VOKURKOVÁ, K., *Čeští miliardáři: Peníze na Kypru? Už je máme jinde* ze dne 18. března 2013, dostupný na internetu
<<http://aktualne.centrum.cz/ekonomika/podnikani/clanek.phtml?id=774397>>.

Seznam použité literatury a pramenů

Články

38. WELLS, G., *Belize to Skip Payment If Lenders Don't Relent*, The Wall Street Journal, dostupný na <http://online.wsj.com/article/SB10000872396390444233104577595863713192198.html>.

Abstract: Methods of Investment in International Private Law

Dissertation thesis is structured into 9 Sections.

First section deals with reasons why entrepreneurs use international holdings: regulative, questions of taxation and legal system reasons.

Second section describes legal sources applicable for the analyzed issues.

Third section summarizes some of the risks relating to use of international holding companies, namely risk of breaching the criminal law or circumventing other legal rules.

Apart from legal risks, there are economic risks to be mitigated. The risks mentioned are systematic risk (*e.g.*, bankruptcy of the state) and personal risk relating to the foreign managers (incompetency, fraud).

Fifth section deals with typical transactions in the group of companies relating to financing by banks and bonds issuance. Briefly analyzed are also acquisition structures and whitewash procedure.

Sixth and seventh section describe tax burdens in the Czech republic, Cyprus, Seychelles, Mauritius and number of other countries.

Analysis of the jurisdictions in nine countries as to the recognition and enforcement of foreign judicial decisions is provided in the section eight.

The dissertation thesis is concluded with description of the civil law applicable after the so called recodification planned in the Czech republic in the year 2014

Shrnutí: Metody investování v mezinárodním právu soukromém

Disertační práce je rozdělená na 9 tematicky souvisejících kapitol.

První kapitola, týkající se důvodů mezinárodního plánování podnikání, poskytuje stručný nástin motivací, které vedou k rozšíření podnikatelských aktivit za hranice České republiky. Bylo zjištěno, že takovými motivacemi jsou zejména (i) různorodost právních řádů, poskytujících nové právní instituty a odlišnost v úpravě důležitých podnikatelských vztahů (např. v otázce osobnostních práv autora právnické osoby), (ii) odlišnost regulatorních požadavků v různých zemích, týkajících se stejné činnosti (např. provoz fondu kolektivního investování) a (iii) rozdílná výše daňové zátěže.

Druhá kapitola vypočítává jednotlivé nejdůležitější prameny práva, které se na popisovanou problematiku uplatní. Důraz je kladen na vnitrostátní prameny, právo Evropské unie a mezinárodní smlouvy. Na tyto prameny práva pak odkazuje výklad v dalších kapitolách disertační práce.

Třetí kapitola upozorňuje na některá rizika mezinárodního plánování podnikání. Navazuje tak obsahově na první kapitolu, týkající se motivů, pro které podnikatelské subjekty rozšiřují své podnikání za hranice ČR. Bylo zjištěno, že hlavními riziky může být dopuštění se obcházení regulace vztahující se na podnikání v ČR, a to pro případ, kdy zahraniční společnost podniká na území ČR. V souvislosti s daňovou optimalizací může být také podnikatel obviněn z páčání daňových trestních činů. Podnikatel by také neměl zapomínat na právní předpisy zahraničních států, v nichž působí. Z tohoto důvodu je doporučeno mít ve všech státech působení podnikatele odpovídající právní zastoupení.

Kromě právních rizik zmiňuje disertační práce ve čtvrté kapitole také rizika ekonomická. A to konkrétně systematické riziko státu sídla holdingu (např. riziko státního bankrotu, aktuální v posledních měsících u Kypru) a rizika personálního – každou společnost musí někdo řídit a na zahraniční holdingy se poměrně často najímají místní manažéři. Riziko podvodu ze strany těchto manažerů je nezanedbatelné. Dá se však eliminovat pouze obtížně. Jedním ze způsobů je uzavírání příslušných smluv s manažery. Ukázka takových smluv a prohlášení tvoří také přílohy č. 1 a 2 této disertační práce.

Další, pátá kapitola, popisuje typické transakce prováděné v mezinárodně uzpůsobeném koncernu. Tato kapitola se týká zejména způsobů financování jednotlivých společností a jejích projektů, a to s důrazem bankovní financování a dluhopisy. U dluhopisů je pak věnována jedna kapitola otázkám mezinárodního práva soukromého ve věci dluhopisových plateb, je zejména vysvětlen tok peněz přes clearingového agenta, otázky okamžiku změny vlastnictví k peněžním prostředkům a s tím související otázky rozhodného práva a jurisdikce soudů. Pátá kapitola dále pokračuje stručným popisem akvizičních struktur a analýzou tzv. postupu Whitewash, který bývá v mezinárodních transakcích používán pro obcházení zákazu finanční asistence.

Šestá a sedmá kapitola popisuje daňovou zátěž v ČR, Kypru, Sejšelech, Mauritiu a v dalších jurisdikcích.

V souvislosti s mezinárodním podnikáním je také vhodné myslet na obranu majetku. Té se věnuje kapitola č. 8. Celkově bylo analyzováno 9 právních řádů, přičemž takřka ve všech existují velmi srovnatelné podmínky výkonu zahraničního soudního rozhodnutí s úpravou v ČR. Byla však identifikována jedna podstatná výjimka – zahraniční soudní rozhodnutí nejsou uznávána ani vykonatelná v Lichtenštejnsku. V Lichtenštejnsku je tak nutné vždy provést nové soudní řízení, kde dochází k dokazování v meritu věci. Lichtenštejnsko je tak ideální jurisdikcí kam lze případně umístit majetek, který by měl být chráněn proti útokům nekalé podnikatelské konkurence kdekoliv na světě.

Na závěr disertační práce je v kapitole č. 10 poskytnut přehled týkající se rekodifikace soukromého práva v ČR, plánovaného na rok 2014.

Summary: Methods of Investment in International Private Law

Dissertation thesis is structured into 9 content related sections.

First section deals with reasons why entrepreneurs use international holdings and extend their activities outside the borders of the Czech Republic. It was found that those reasons are mainly: (i) distinctions in the legal systems giving the possibility to use new legal institutes and diverse rules in the business processes (*e.g.*, questions of licenses held by legal entities), (ii) different regulatory issues in another countries relating to the same actions (*e.g.*, administration of collective investment funds) and (iii) differences in the tax burdens.

Second section describes the main legal sources applicable for the analyzed issues. Accent is given to the national laws of the Czech Republic, law of the European Union and international treaties. References to those legal norms are given through the text of the dissertation thesis.

Third section summarizes some of the risks relating to use of international holding companies. Thus this section continues with commentaries given in the first section dealing with motives which push the entrepreneurs to step over the country's borders. It was found that the main risks could be circumventing the laws of the Czech republic by the company carrying the business therein. In connection with the tax optimization, the entrepreneur could also be found guilty in breaching the criminal taxation laws. The businessmen also could not forgive adherence to the foreign laws in all countries of their interest. Therefore, it is advisable to use local advisory services.

Apart from legal risks, fourth section points out some economic risks to be mitigated. To be specific, systematic risk of country of the seat of the holding company is mentioned (*e.g.*, bankruptcy of the state, currently being a topic in Cyprus) and personal risk - relating to the foreign managers leading the company abroad. The risk of fraud is indispensable. However, it could be eliminated not without difficulties. One of the methods is to conclude reasonable agreements with those managers. Some of those legal agreements and deeds are attached as Annex 1 and 2 of this dissertation thesis.

Fifth section describes typical transactions in the group of companies relating to financing by banks and bonds issuance. This section describes mainly methods of financing of the companies by the bank loans and bonds issuance. In connection with the bonds, description of some questions of the international private law is provided, amongst others, flow of funds through the clearing agent is described, as well as timing of the change of ownership and connected questions of the court's jurisdiction. Fifth section also briefly analyzes acquisition structures and whitewash procedure which is used in international transactions to get over the financial assistance prohibition.

Sixth and seventh sections describe tax burdens in the Czech Republic, Cyprus, Seychelles, Mauritius and number of other countries.

In connection with the business in the international context, one should think also to the defenses applicable to protect its assets. These questions are being dealt with in the section 8 of the dissertation thesis. Analysis of the jurisdictions in nine countries has been made as to the recognition and enforcement of foreign judicial decisions. Majority of the analyzed jurisdictions have similar rules of recognition and enforcement as the Czech Republic. There is one significant exception – Liechtenstein. This is the country which does not recognize or enforce foreign judicial decisions – all enforcement shall go through renewed judicial revision of the Liechtenstein's courts, including review of the merits of the case. Therefore, Liechtenstein is ideal as the jurisdiction for protection of assets against attacks of the business rivals throughout the all world.

The dissertation thesis is concluded by section 10 describing the civil law applicable after the so called recodification planned in the Czech republic in the year 2014.

Klíčová slova

Key words: off-shore, holding, tax, regulatory, international private law, recodification

Klíčová slova: off-shore, holding, daně, regulace, mezinárodní právo soukromé, rekodifikace

Příloha č. 1

Vzorová smlouva se sešelským poskytovatelem nominee služeb

Příloha č. 2

Prohlášení nominee akcionáře o skutečném vlastníkovi akcií